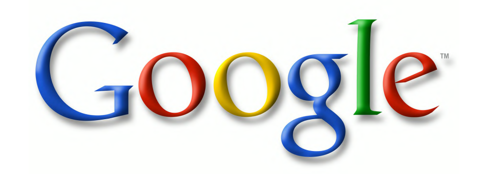


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

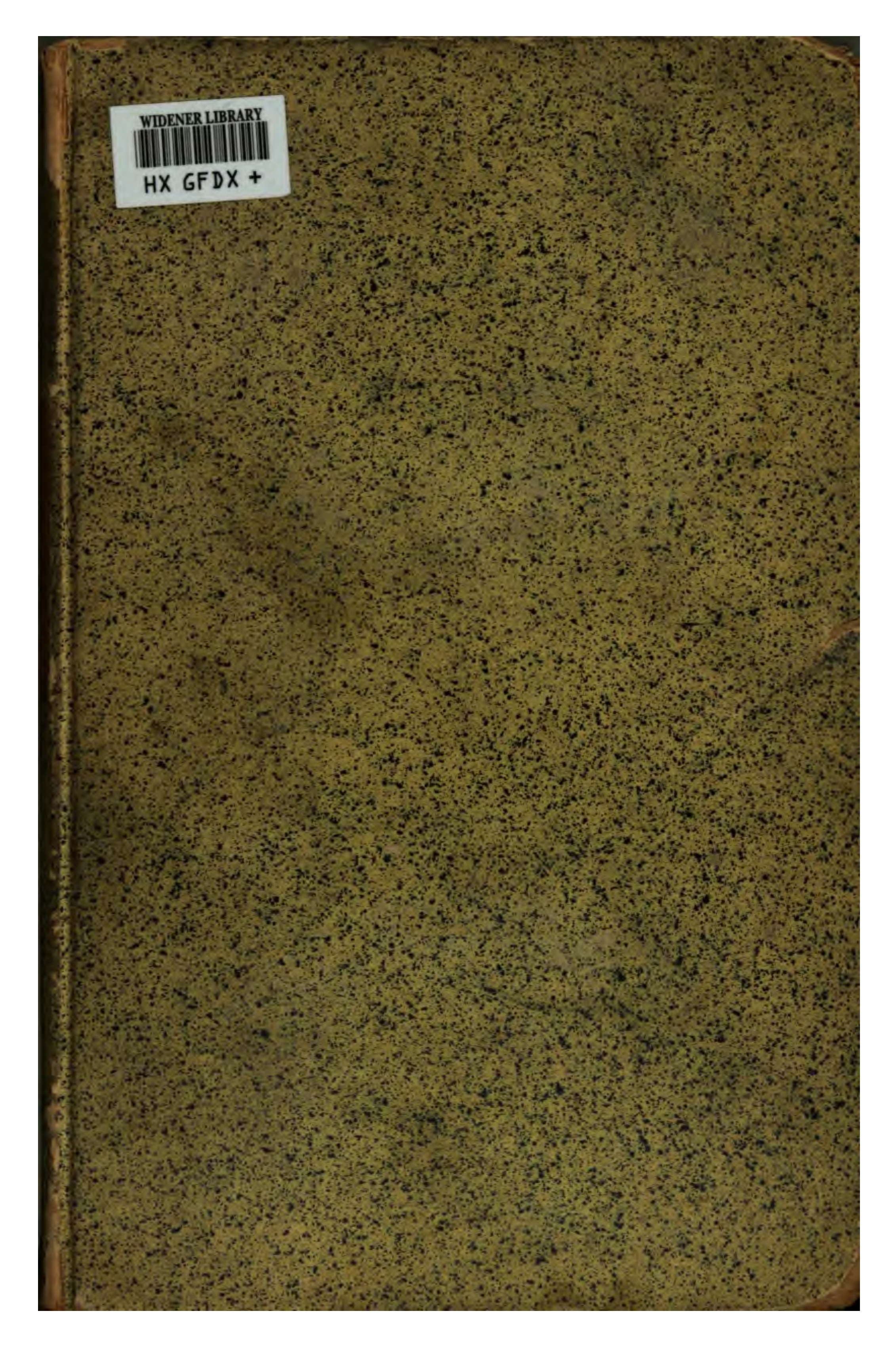
Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

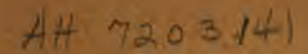
Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.


WIDENER LIBRARY
HX GFDX +


AH 72031.41



Harvard College Library.

FROM

THE LIBRARY OF

PROFESSOR E. W. GURNEY,

(Class of 1852).

Received 22 May, 1890.

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach Hellfeld

ein Commentar

begründet von

D. Christian Friedrich von Glück

fortgesetzt von

D. Christian Friedrich Mühlenbruch und D. Eduard Fein

und nach deren Tode

von

D. Karl Ludwig Arndts,

K. K. Regierungsrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Universität Wien, lebenslänglichem Mitglied des österreichischen Herrenhauses, Ritter des österreichisch kaiserlichen Leopoldordens und des königl. bayer. Michaelsordens I. Klasse.

Sechs und vierzigsten Theils erste Abtheilung.

Erlangen,

Verlag von Palm & Enke.

(Adolph Enke.)

1868.

VI. 9255
AH 7203.141
✓

Harvard College Library,
2? May, 18?0.
From the Library of
PROF. E. A. ...

Vorrede.

Vor beiläufig zwei Jahren wurde ich durch den Inhaber der Verlagshandlung ersucht, die Fortsetzung des Glück'schen Commentars zu übernehmen, die in Folge des beklagenswerthen frühzeitigen Todes des Verfassers der beiden letzterschienenen Bände 44. u. 45., Dr. Eduard Fein, seit 1853 eine Unterbrechung erlitten hatte. Ich trug ernstliche Bedenken in mir, dieser Einladung Folge zu leisten, und unterließ nicht, diese dem Herrn Verleger vorzustellen. Vor allem war es mein Lebensalter, das mir Bedenken einflößte; denn es fehlen nur mehr sieben Jahre an fünfzig, seit mich die Berliner Fakultät des Diploms eines Doctors beider Rechte würdig befunden hat, und es war also vorauszusehen, daß die Verlagshandlung nach einigen Jahren wiederum einen Andern werde suchen müssen, der die Fortsetzung der von mir begonnenen Erläuterungen des dreißigsten und der folgenden Bücher der Pandekten übernehme. Ein anderes Bedenken erregte mir der Umstand, daß ich weder selbst im Besitze einer ausreichenden Bibliothek

bin, noch in den hiesigen öffentlichen Bibliotheken hoffen kann, überall genügende Hülfsmittel zu finden, um in dem reichlichen Maße, wie es in den bisher erschienenen Bänden der Erläuterungen geschehen ist, die Litteratur berücksichtigen zu können. Andrerseits jedoch war es dem Verlangen des Herrn Verlegers günstig, daß ich schon öfter mit dem Gedanken mich beschäftigt hatte, mich der Ausarbeitung einer ausführlichen Monographie über die von mir in Weiske's Rechtslexikon unter dem Artikel „Legat" in Kürze dargestellte Lehre von den Vermächtnissen zu unterziehen, die wohl auch neben dem bekannten Werke von Roßhirt nicht gerade als ein litterarischer Luxus angesehen werden möchte. Daher begegnete dem erwähnten Antrage der Verlagshandlung doch auch einige Geneigtheit von meiner Seite, und als derselbe ungeachtet der dagegen erhobenen Bedenken dringend erneuert wurde, mit dem Ausdruck des lebhaftesten Wunsches, das berühmte Werk zum Ende zu führen, bin ich dann endlich darauf eingegangen und habe die Bearbeitung der die Vermächtnisse betreffenden Bücher der Pandekten übernommen. Zwar würde ich in einer selbständigen Arbeit über diese Lehre eine andere Anordnung des Stoffes gewählt haben, als welche mir nun durch Anschließung an Hellfeld's iurisprudentia forensis auferlegt ist. Aber auch über diesen Anstoß habe ich mich hinweggesetzt, indem ich gegen mich selbst den Verdacht hegte, daß vielleicht das Projekt einer

selbständigen Bearbeitung dieser Lehre doch nicht würde zur Ausführung kommen, während ich mit mehr Zuversicht von mir erwartete, daß ich einer eingegangenen Verpflichtung nach besten Kräften zu entsprechen suchen werde. So bin ich nun in der Lage, dem gelehrten Publikum den 46. Band des Commentars darbieten zu können, wovon die erste Abtheilung schon vor Jahr und Tag ausgegeben worden. Ich thue es mit der Bitte um freundliche Aufnahme und nachsichtige Beurtheilung meiner Arbeit. Der ersten Abtheilung ist schon im Mai d. J. in dem Bologneser Archivio giuridico eine überaus günstige Anzeige zu Theil geworden, von einem italienischen Rechtsgelehrten, Serafini, der, einst mein Schüler, nun schon eines wohlbegründeten Rufes genießt. Wird auch in Deutschland diesem Bande einigermaßen solcher Beifall gespendet, so werde ich darin eine wohlthuende Ermunterung zur Fortsetzung des Werkes finden, aber auch die Winke mir zu Nutzen machen, die mir durch wohlmeinende Kritik gegeben werden.

Wien den 15. November 1868.

Dr. **Ludwig Arndts.**

Inhaltsverzeichniß zum 46. Theile.

Buch 30—32. de legatis et fideicommissis.

Lib. XXX. XXXI. XXXII.

De legatis et fideicommissis.

Inst. Lib. II. Tit. 20. de legatis, Tit. 23. de fideicommissariis hereditatibus, Tit. 24. de singulis rebus per fideicommissum relictis. Cod. Lib. VI. Tit. 37. de legatis, Tit. 42. de fideicommissis, Tit. 43. Communia de legatis et fideicommissis.

---

§. 1517.

Einleitung.

Der letzte Titel des 28. Buches der Pandekten (de jure codicillorum) bildet einen Uebergang von der Lehre von der testamentarischen Erbfolge zu der Lehre von Legaten und Fideicommissen oder von den Vermächtnissen, unter welchem Ausdrucke die deutsche Sprache die im Römischen Rechte durch die genannten beiden Ausdrücke bezeichneten Arten von letztwilligen Verfügungen zusammenfaßt. Eben so geht im Codex der Titel von Codicillen unmittelbar denjenigen Titeln, welche von Legaten und Fideicommissen handeln, voran. Nicht minder schließt sich auch in den Institutionen die Lehre von den Vermächtnissen der Lehre von der testamentarischen Erbfolge an, so jedoch, daß hier der Titel de codicillis (II. 25.) den Schluß bildet. Die Lehre von der Intestaterbfolge findet sich in allen drei Rechtsbüchern dann erst an einem späteren Platze: in den Pandekten Lib. XXXVIII. Tit. 6. ff., im Codex Lib. VI. Tit. 55. fg., in den Institutionen

46. 1

Lib. III. Tit. 1. bis 8. [1]). Die Verfasser der Institutionen sind sich zwar wohl bewußt, daß jene Stellung der Lehre von den Vermächtnissen gegen die Consequenz des Institutionensystems verstößt, als in welchem die Lehre von der Erbfolge nur unter dem Gesichtspunkte einer acquisitio per universitatem vorgetragen wird [2]); sie rechtfertigen aber diese Abweichung von der Consequenz durch die Rücksicht auf den engen Zusammenhang dieser Lehre mit der Lehre von Testamenten und testamentarischer Erbfolge [3]). In den Pandekten nun nimmt diese Rechtslehre einen sehr breiten Raum ein. Drei Bücher (30 bis 32), die, mit derselben gemeinschaftlichen Rubrik „de legatis et fideicommissis" versehen, zusammen einen Titel bilden, während sonst die einzelnen Bücher der Pandekten in eine größere oder geringere Anzahl von Titeln sich abtheilen [4]), enthalten die allge-

1) Im Ganzen übereinstimmend mit der Anordnung der Justinianischen Institutionen sind nicht nur die Institutionen des Gaius (II. §. 191—289), sondern auch der liber singularis regularum des Ulpianus (Ulp. fragm. tit. 24. de legatis, tit. 25. de fideicommissis.) und die Sententiae des Paulus (III. 6. de legatis, IV. 1. de fideicommissis.)

2) §. 6. I. per quas personas nob. acquir. II. 9. Gai. II. 97.

3) Gai. II. 191. Post haec videamus de legatis, quae pars extra propositam quidem materiam videtur: nam loquimur de his figuris, quibus per universitatem res nobis acquiruntur; sed cum omnimodo de testamentis deque heredibus, qui testamento instituuntur, locuti sumus, non sine causa sequenti loco poterat haec iuris materia tractari. Eben so pr. J. h. t. II. 20. mit der einzigen Abweichung, daß sie für *poterat* gesetzt haben *potest*.

4) Die höchste Zahl, 24, erreicht das 48. Buch, die nächst

meinen Grundsätze von Vermächtnissen, mit vorzüglicher Berücksichtigung des einen häufigsten Falles, wenn nämlich das Ziel des Vermächtnisses die Zuwendung des Eigenthums einzelner Sachen oder Quantitäten ist. Diesen drei Büchern folgen aber noch vier andere (33 bis 36), welche sich theils mit einzelnen Arten der Vermächtnisse, die ihres Gegenstandes wegen besonders ausgezeichnet sind, theils mit einzelnen Punkten der Lehre von den Vermächtnissen überhaupt eingehender beschäftigen [5]).

Der gegenwärtige Abschnitt des Commentars hat sich nun vorerst auf den Inhalt der ersten drei Bücher oder des allgemeinen Titels de legatis et fideicommis-

höchste, 23, das 47. Buch der Pandekten, die beiden sog. libri terribiles, die von Verbrechen und Strafen handeln.

5) Ein abgesonderter Titel, der sich auf Vermächtnisse bezieht, kommt außerdem im Zusammenhange mit der Lehre von der bonorum possessio contra tabulas vor: Dig. de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita. XXXVII. 5., ein anderer in dem 43. Buche, das von den Interdikten handelt, Dig. quod legatorum. XLIII. 3., ein dritter in der Lehre von der Usucapion, Dig. pro legato. XLI. 8. — In den Basiliken kommen die Vermächtnisse im 44. Buche vor, und finden sich daselbst zuerst drei allgemeine Titel de legatis et fideicommissis, entsprechend den drei Büchern (30—32) der Digesten, mit der gemeinschaftlichen Rubrik: *περὶ ληγατῶν καὶ ἀποκαταστάσεων τῶν πίστει (ἑτέρῳ) καταλιμπανομένων*, oder blos *περὶ ληγάτων καὶ πίστει καταλιμπανομένων*, denen alsdann noch 25 besondere Titel folgen, größtentheils entsprechend den Büchern 33—36 der Digesten, aber mit Einmischung der Digestentitel XXIX. 4. XXXVII. 5. XLI. 8. und XLIII. 3., während dagegen die Digestentitel XXXV. 2. u. 3. und XXXVI. 1. an ganz anderer Stelle eingereiht sind, nämlich im 35. und 41. Buche.

sis zu beschränken, die genauere Ausführung aber derjenigen Lehren, auf welche sich spätere Titel insbesondre beziehen, der Erläuterung dieser besonderen Titel vorzubehalten.

Was die Literatur der Lehre von den Vermächtnissen betrifft, so gehört dazu 1) die gesammte Literatur des ganzen Pandektenrechtes, von welchem jene einen Bestandtheil bildet. Daraus sind auch hier als vorzüglich bedeutend hervorzuheben des Donellus Commentarii iuris civilis, welche diese Lehre ebenfalls, wie die Rechtsbücher, im Anschluß an die Lehre von der testamentarischen Erbfolge, vor der Lehre von der Intestaterbfolge darstellen, nämlich in Lib. VII. Cap. 15—30 und Lib. VIII. Cap. 1—36., nach der Ausgabe von Bucher in Bd. IV. S. 180—530. und Bd. V. S. 1—204., wovon jedoch die erste Abtheilung, Lib. VII. Cap. 15. fgg. Bd. IV. S. 180—324., nur den Gegenstand eines späteren besonderen Pandektentitels, Lib. XXXVI. Tit. 1. ad senatusconsultum Trebellianum, das Fideicommiß der Erbschaft betrifft, so daß zunächst nur das 8. Buch hierher gehört.

2) Die besondere Literatur des Erbrechts, in so fern die Vermächtnisse darin einbegriffen sind: namentlich Friedr. H. Vering, Römisches Erbrecht in historischer und dogmatischer Entwickelung, Heidelberg 1861., Kap. XXI. „von den Vermächtnissen und Schenkungen Todeshalber" S. 668—816., A. Tewes, System des Erbrechts nach heutigem Römischen Recht, Leipzig 1863. 64. II. S. 218—397. Dazu kommt dann

3) die besondere Literatur der Lehre von den Vermächtnissen, bestehend in einer sehr großen Anzahl von Schriften, welche theils diese Rechtslehre überhaupt, theils einzelne Theile oder Fragen derselben betreffen. In Be-

treff der älteren Literatur dieser Art genügt die Verweisung auf Lipenii bibliotheca realis juridica, Lipsiae 1757., s. v. *Legatum*, Tom. I. pag. 809—812., und Schott, Lipenii bibliothecae jurid. supplementa ac emendationes, Lipsiae 1775 s. v. *fideicommissum* pag. 193. fg. und s. v. *Legatum* pag. 296—298. Madihn suppl. ad Lipen., vol. III. v. *Legatum* pag. 888—893. Die älteste Monographie über Legate ist von Durantis (Durans) in 67 sog. Cautelae, abgedruckt in den Tractatus illustr. I.cc. Tom. VIII. fol. 127—136. Einzelne andere Schriften werden gelegentlich angeführt werden. Neuere Bearbeitungen der Lehre aber sind a) E. Chr. Westphal's hermeneutisch-systematische Darstellung der Lehre von Vermächtnissen und Fideicommissen, deren Bestimmungen, Ungültigkeit und Aufhebung, Accretion, Quarten, Cautionen, Erklärungen und Rechtsmitteln, ingleichen von Codicillen. In zwei Bänden. Leipzig 1791. b) C. F. Roßhirt, die Lehre von den Vermächtnissen nach Römischem Rechte, 2 Bände, Heidelberg 1835. c) Arndts in Weiske's Rechtslexikon, Art. Legate, Bd. VI. S. 279—344 (1855). d) M. S. Mayer, die Lehre v. d. Legaten und Fideicommissen aus den Quellen bearbeitet. 1. Abth. Tübingen, 1854.

Als particularrechtliche Werke, welche auf das gemeine Recht durchgehends Rücksicht nehmen, sind noch zu nennen: Unger, das österreichische Erbrecht systematisch dargestellt, Leipzig 1864., §. 54—76. S. 250—321., und Gruchot, Preußisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht auf römischer und germanischer Grundlage unter Berücksichtigung der neueren Gesetzgebungen dargestellt, 2. Bde, Berlin 1865. 1866. Bd. I. S. 507—624. Bd. II. S. 1—112.

§. 1517. a.

Geschichtliche Entwicklung der Legate und Fideicommisse.
1) Das Legatum nach vorjustinianischem Recht.

Hellfeld, dessen jurisprudentia forensis der fleißige Glück ohne Noth und, man darf wohl sagen: leider! zur Unterlage der von ihm unternommenen ausführlichen Erläuterung der Pandekten erkoren hat, stellt an die Spitze dieser Lehre in §. 1517 eine kurzgefaßte Definition des Legatum [6]). Erst am Ende dieses Titels, in §. 1529., stellt er dieser Definition die des Fideicommissum [7]), und insbesondre des Fideicommissum singulare [8]) gegenüber, und erwähnt dabei der im älteren Recht bestandenen Unterschiede zwischen Legaten und Fideicommissen, sowie zwischen verschiedenen Formen und Gestalten der ersten, welche durch Justinian's Gesetzgebung beseitigt seien [9]). Eine gründliche Darstellung der Lehre von Vermächtnissen verlangt aber gebieterisch vor allem eine genauere Auffassung jenes älteren Rechtes. Unter den Namen Legate und Fideicommisse unterschied dieses zwei ihrem Zwecke nach zwar nahe verwandte, nach Erfordernissen und Wirkungen gleichwohl erheblich von einander abweichende Arten von letztwilligen Verfügungen, für welche die römische Rechtssprache nicht ein-

6) Legatum est res singularis alicui in ultima voluntate directe relicta.

7) Ultima voluntas, qua testator ei, quem honoravit, restitutionem rei cuiusdam faciendam committit.

8) Res singularis in ultima voluntate relicta per intermediam personam praestanda.

9) At subtilitates hasce sustulit Justinianus, ita ut inter legata et fideicommissa *singularia* hodie verbalis solum sit differentia, et quae de legatis diximus, valeant quoque de fideicommissis singularibus.

mal eine gemeinschaftliche Benennung als technische Bezeichnung des Gattungsbegriffes hatte [10]), wenn auch allerdings von den classischen Juristen schon das Wort *legare* mit seinen Ableitungen *legatum*, *legatarius* nicht selten in einem weiteren beide Arten von Vermächtnissen unter sich begreifenden Sinne gebraucht worden ist [11]). Und diese sind nun zwar im Justinianischen Rechte wirklich mit einander verschmolzen worden und in dem einheitlichen Begriff „Vermächtniß" aufgegangen; aber diese Verschmelzung ist in den Justinianischen Rechtsbüchern nicht formell durchgeführt, vielmehr in den Institutionen und im Codex die frühere Scheidung äußerlich beibehalten, und auch in den Pan-

10) Auf beide bezüglich wird wohl häufig das Wort relictum gebraucht, aber dieses ist keine bestimmte Begriffsbezeichnung und beschränkt sich auch nicht auf Vermächtnisse, sondern wird auch in Beziehung auf die Erbschaft gebraucht. Ulp. XXVII. 1.

11) z. B. in L. 8 §. 5. D. de transact. II. 15. L. 43. D. de act. emti et vend. XIX. 1. L. 96. pr. D. de legat. I. L. 34. §. 7. D. de legat. II. L. 11. §. 6. 12. 18. L. 35. §. 2. L. 41. §. 6. 7. 9. L. 78. §. 1. 3. 6. D. de legat. III. L. 6. §. 2. D. de auro leg. XXXIV. 2. Vgl. Cuiac. in recit. ad L. 43. cit. (Opp. ed. Neap. tom. V. col. 1005.) Dirksen man. lat. v. *Legare* a. E. Schirmer a. a. O. S. 124. Anm. 81., auch Fein in diesem Comment. Bd. 44. S. 364 fg. Anm. 78. Noch weiter greifend erklärt das Wort *legatum* Paulus in L. 87. D. de legat. III. (lib. IV. ad legem Juliam et Papiam): Et fideicommissum et mortis causa donatio appellatione legati continetur; das ist aber nur ausdehnende Erklärung einer gesetzlichen Bestimmung über Capacität, die zur Zeit des Paulus schon gesetzliche Bestätigung erhalten hatte. Gaj. II. 286. Vgl. übrigens Westphal I. S. 7. §. 5. Mühlenbruch Pand. §. 616. Anm. 7.

decken, in denen diese Scheidung vermieden ist, finden sich so viele Andeutungen der älteren Unterschiede sowohl zwischen Legaten und Fideicommissen als auch unter den verschiedenen Gestalten des Legats, daß eine genaue Kenntniß des vorjustinianischen Rechtes unerläßlich ist, um die Justinianischen Rechtsquellen richtig zu deuten und in Betreff vieler und sehr wichtiger Fragen dieser Rechtslehre zu richtigen Resultaten für das neueste Recht zu gelangen. Selbst das Verständniß und die Würdigung der oben angeführten Definitionen, die, wie sich zeigen wird, erheblichen Bedenken unterliegen, ist durch eine vorausgehende geschichtliche Untersuchung bedingt [12]). Diese aber zerfällt von selbst in drei Hauptabschnitte, indem 1) das Legat und 2) das Fideicommiß des vorjustinianischen Rechts, jedes für sich in seiner Eigenthümlichkeit, zu erörtern und sodann 3) die Art und Weise der Verschmelzung beider im Justinianischen Rechte darzulegen ist.

Was nun vorerst das Legatum des vorjustinianischen Rechtes, welches der Gegenstand dieses §. ist, betrifft, so beginnen wir mit Erklärung des Wortes Legare, wovon diese Art letztwilliger Verfügung ihre Bezeichnung herleitet.

Das Wort Legatum erinnert sofort an einen sehr bekannten Satz der zwölf Tafeln [13]), aus welchem die

12) Dazu vgl. insbesondere Marezoll zu der Lehre von den Vermächtnissen, in der Gießener Ztschr. f. Civilrecht und Prozeß IX. 4. 9. Schirmer, Handb. des röm. Erbrechts I. §. 8. S. 106—124. Köppen, Syst. des heutigen römischen Erbrechts I. S. 74—96., auch Lassalle, Wesen des röm. u. german. Erbrechts S. 120—144. 171—223.

13) Die Hauptstellen darüber sind Ulp. fragm. XI. 14.

Wirksamkeit aller testamentarischen Anordnungen, sowohl über Erbfolge, Ernennung von Vormündern, Freilassung von Sclaven, als derjenigen, welche die Zuwendung bestimmter Vermögensvortheile an bestimmte Personen bezweckten, hergeleitet wird [14]). Bei Ulpian lautet dieser Satz:

> Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto.

Andere Stellen aber heben daraus nur die Worte: *uti legassit suae rei, i. i. e.* hervor [15]). Schon daraus allein, von anderen Gründen abgesehen, ergiebt sich, daß „suae rei" als Dativ zu verstehen ist [16]). „Legare suae rei" aber kann nicht wohl etwas Anderes bedeuten, als legem ferre oder dicere suae rei. Man mag der Meinung sein, daß die beiden ältesten Arten der Testa-

Gai. II. 224. pr. J. de lege Falcid. II. 22. L. 120. D. de V. S. Vgl. dazu Dirksen, Zwölf-Tafel-Fragmente S. 320 fg. Schoell, legis XII. tabb. reliquiae. Lipsiae 1866. pag. 127 seq. Brisson. de verb. signific. v. *Legare.*

14) L. 120. D. l. c. (Pompon. lib. V. ad Qu. Mucium): Verbis legis duodecim tabularum his: *uti legassit suae rei, ita ius esto*, latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi, et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi.

15) Gai. l. c. „lex XII tabb. . . . qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: *uti legassit suae rei, ita ius esto.*" Vgl. pr. J. l. c. L. 120. D. cit.

16) Huschke im Rhein. Mus. für Jurisprud. VII. S. 60. Anm. 4. Schoell l. c. not. 3. a. E. So auch Donell. VIII. 1. §. 2., welcher mit Recht die Meinung des Alciatus, daß *rei suae* nicht mit *legassit*, sondern mit *ius esto* zu verbinden sei, verwirft.

mente, das testamentum in calatis comitiis und in procinctu zu ihrer Gültigkeit der Zustimmung des Volkes bedurften, oder daß dieses dabei nur zum solennen Zeugniß aufgefordert wurde [17]: jene Deutung ist jedenfalls anwendbar, nur mit den Unterschied, daß nach der einen Meinung der erklärte Wille als lata lex erst durch die Zustimmung des Volkes Kraft erhielt als lex perlata, nach der anderen aber an sich schon kraft der solennen Erklärung zu Recht bestand. Nach jenem Satze der zwölf Tafeln aber, der vermuthlich nur die genannten ältesten Testamentsformen vor Augen hatte, kann nicht wohl bezweifelt werden, daß die zweite Ansicht unbedingt zur Geltung gekommen sei, wenn auch vielleicht bis dahin die erste die richtige gewesen war; denn sonst würde es nicht wahr sein, daß durch das Gesetz dem römischen Bürger jene latissima potestas verliehen worden sei, die Pomponius in L. 120. D. de V. S. aus dem angeführten Satze der zwölf Tafeln herleitet [18]. Der vor dem Volk oder Heer erklärte Wille des Bürgers, was in Ansehung seines privatrechtlichen Herrschaftsgebietes nach seinem Tode Recht sein solle, war nun an sich durch die allgemeine gesetzliche Bestätigung mit der Kraft eines Gesetzes ausgestattet, die ihm sonst durch die specielle Sanktion des Volkes konnte verliehen werden [19]; die lex lata war sofort perlata.

17) Vgl. Ihering, Geist des römischen Rechts (2. Aufl.) I. S. 145 fg. mit Huschke im Rhein. Mus. VI. S. 285. Danz, Lehrb. der Geschichte d. röm. Rechts II. S. 6. fg.

18) Vering S. 167 fg, S. 175 fg.

19) L. 130. D. de V. S. (Ulp. lib. II. ad leg. Iul. et Pap.) Lege obvenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege XII. tabularum testamentariae hereditates confirmantur.

Daß nun die Benennung des altcivilrechtlichen Vermächtnisses, Legatum, aus jenem Fundamentalsatze der zwölf Tafeln abzuleiten sei, ist kaum zu bezweifeln, obwohl mit Anderen Donellus einer anderen Ableitung den Vorzug gibt [20]). Allein das Wort Legare hat späterhin grammatisch eine andere Natur angenommen, und im juristischen Sprachgebrauche eine engere Bedeutung erhalten, die sich nur auf Zuweisung bestimmter Vermögensvortheile aus der Erbschaft beschränkt, im Gegensatze gegen die Bestimmung der Erbfolge durch den Testator, welche in dem Satze der zwölf Tafeln unter dem Ausdrucke „legassit" mit begriffen war. Es ist zu einem verbum transitivum geworden, das mit dem Accusativ construirt wird „legare rem", während ihm in den zwölf Tafeln der Dativ folgt „legare suae rei." Diese Einschränkung der Bedeutung erklärt sich vielleicht durch die Rücksichtnahme auf die dritte Testamentsform, des testamentum per aes et libram, oder per familiae mancipationem, welches die beiden älteren Testamentsformen allmälig ganz aus dem Gebrauche verdrängt hat. Das Wesen desselben bestand bekanntlich darin, daß ein Bürger seine Familie, d. h. seine Vermögensherrschaft insgesammt oder seine ganze vermögensrechtliche Stellung, ohne Unterscheidung einzelner Vermögensbestandtheile, durch scheinbaren solennen Verkauf einem anderen

20) Varro de lingua lat. (ed. Mueller) VI. §. 66 leitet legati, d. i. Abgesandte, ab von legere, „quod, ut publice mittantur, leguntur". Donellus, VIII. 1. Cap. 3—5. wendet diese Ableitung auch auf das Legatum an, indem er das legare rem als „dimittere a se rem aliquam, quam pro imperio post mortem tuam in alium conferas" parallel stellt dem „amandare personam aliquam pro imperio, quae vice nostra fungatur". Ich glaube nicht, daß diese Ableitung noch irgendwo Beifall findet.

Bürger, dem familiae emtor, überwies (mancipio dabat), wobei er denn, wie bei jeder Mancipatio, in Ansehung des Mancipationsgegenstandes durch mündlichen Ausspruch (nuncupatio) besondere Bestimmungen treffen konnte. Diese Bestimmungen hatten nach einem anderen Ausspruche der zwölf Tafeln [21]) volle Kraft als lex mancipii, eine eigene Art von lex suae rei dicta, allerdings mit Rücksicht darauf, daß durch den früher erklärten Rechtssatz dem Römer eine Willensherrschaft in Ansehung seines Vermögens auch über seinen Tod hinaus eingeräumt war. Nun war, wie Gaius berichtet, nach ältestem Gebrauche in diesem Falle eben der familiae emtor allein der eigentliche Erbe, heres, der kraft jenes scheinbaren Kaufes und der ihn begleitenden Erklärung des Mancipirenden in die gesammte vermögensrechtliche Stellung desselben einzutreten berufen war, und diesem wurde durch die nuncupatio als Beschränkung oder Verpflichtung auferlegt, was jener in Ansehung seines Vermögens sonst noch Besonderes auf seinen Todesfall anzuordnen beliebte [22]). So war also nur das letzte Inhalt der lex mancipii, legatum, geschieden von der hauptsächlichen Tendenz des ganzen Rechtsgeschäftes, die Gesammtnachfolge in das Vermögen des Testators, die hereditas, zu ordnen. Als dann später, wie Gaius weiter berichtet, üblich wurde, den familiae

21) Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto". Fest. v. *nuncupata* (ed. Mueller, pag. 173). Vergl. Dirksen a. a. O. S. 397. Schoell l. c. pag. 133 sq.

22) Gai. II. 103. Namque olim familiae emtor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis loco erat, et ob id ei mandabat testator quid cuique post mortem suam dari vellet.

emtor nur mehr der Form wegen zum Scheine zuzuziehen, neben diesem aber einen anderen, mündlich oder in schriftlicher Urkunde, zum Erben zu ernennen [23]), so blieb der Ausdruck „Legatum“ als technische Bezeichnung jener besonderen vermögensrechtlichen Anordnungen, im Gegensatze der Erbenernennung, im Gebrauche.

Dabei aber erhielt sich, wie bei der Erbeinsetzung, das Gepräge einer lex a testatore suae rei dicta; das Legat war ein Vermächtniß in gebietender Ausdrucksweise. So definirt noch Ulpian:

> Legatum est quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur [24]).

Nur in lateinischer Sprache konnte ein solches Vermächtniß angeordnet werden, und waren dafür bestimmte Wortformen hergebracht, die den Willen des Testators kategorisch aussprachen [25]). Und nur in einem Testamente oder in einem Codicill, der im Testamente bestätigt war, konnte ein Legat hinterlassen werden [26]). Es setzte also wesentlich eine Erbeinsetzung voraus, und nur einem eingesetzten Erben konnte dadurch etwas entzogen oder eine Verpflichtung auferlegt werden [27]), nur diesem konnte der Testator legem dicere, nicht dem

23) Gai. l. c. Nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris juris imitationem familiae emtor adhibetur.

24) Ulp. fragm. XXIV. 1.

25) Ulp. l. c. §. 2 sq. XXV. 9. Gai. II. 281. §. 2. J. h. t. II, 20.

26) Ulp. XXIV. 1. XXV. 8. Gai. II. 270. §. 10. in f. J. de fideicomm. hered. II. 23, vgl. Bd. 44. S. 201 fg.

27) Gai. II. 260. 271. Ulp. XXIV. 20. XXV. 8.

gesetzlichen Erben oder dem Legatar[28]), auch nicht dem Erben des Erben oder demjenigen, in dessen Potestas der eingesetzte Erbe stand[29]). Ungültig sogar war das Legat vor der Erbeinsetzung und dasjenige, welches im Testamente zwischen mehreren Erbeinsetzungen angeordnet war, nur gültig in Beziehung auf die vorausgehenden Erbeinsetzungen[30]). Den Inhalt nun eines Legates abzugeben war jeder Vermögensvortheil geeignet, welcher überhaupt einer Person auf den Todesfall zugewendet werden konnte, wie es durch Schenkung unter Lebenden möglich war, und da jene Zuwendung mit der Schenkung auch darin verwandt war, daß sie unentgeltlich ex liberalitate geschah, so wurde das Legatum nicht unpassend bezeichnet als eine donatio testamento relicta[31]), obwohl im engeren und eigentlichen Sinne donatio, selbst auch die dem Legate näher verwandte mortis causa donatio, als ein begrifflich anderes Rechtsgeschäft von den Vermächtnissen unterschieden wird[32]).

28) „A legatario legari non potest," Gai. u. Ulp. l. c.

29) Ulp. §. 16. Post mortem heredis legari non potest, ne ab heredis herede legari videatur, quod iuris civilis ratio non patitur. Gai. 232. Paul. III. 6. §. 5. 6. Ulp. §. 21.

30) Gai. §. 229. Ulp. §. 15. Paul. l. c. §. 2.

31) L. 36. D. de legat. II. (Modestin. lib. III. pandect.), wörtlich übersetzt in den Basil. XLIV. 1. c. 1. *Ληγάτον ἐστὶ δωρεὰ ἐν διαθήκῃ, καταλειφθεῖσα.* In §. 1. J. h. t. II. 20. heißt es: „Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta," in einigen Handschriften und Ausgaben mit dem Zusatze: „ab herede praestanda," welchen Donellus cap. 1. §. 10. 11. zu rechtfertigen sucht, den aber Theophilus nicht kennt und Schrader als glossa recentissima verwirft.

32) L. 37, 38. D. de m. c. donat. 39, 6.

Da ferner der Vermögensvortheil, welcher den Inhalt des Legates ausmachte, wenn er nicht in einem unmittelbar dem Erbvermögen entnommenen Rechte bestand, doch jedenfalls nur auf Kosten oder zur Last des Erben gewährt, also zu Gunsten eines Anderen ein materieller Werth gleichsam von der Erbschaft abgeschöpft wurde, so wurde das Legat ziemlich treffend charakterisirt als eine delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit[33]). Eine charakteristische Verschiedenheit nun aber in dem Inhalt eines Legates bestand eben darin, ob durch dasselbe unmittelbar aus der Erbschaft ein Recht entnommen und dem Bedachten überwiesen oder nur zunächst dem Erben eine Verpflichtung zu Gunsten desselben auferlegt wurde. Diese Verschiedenheit prägte sich in bestimmten Wortformen aus, in welche die Anordnung des Legats eingekleidet wurde, und welche denn auch mit der den Römern eigenen strengen Handhabung (um einen treffenden Ausdruck von Huschke zu gebrauchen) der „Logik der Sprache" aufgefaßt und erklärt wurden. Man unterschied hiernach vier Hauptformen der Legate: das legatum per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per praeceptionem[34]).

1) Legatum per vindicationem hieß ein Vermächtniß, durch welches der Erblasser unmittelbar aus

33) L. 116. pr. D. de legat. I. (Florentin. lib. XI. institut.) Ausführlich besprechen diese und die in Anm. 28. berührte Definition Donellus a. a. O. §. 6—13. und Ramos del Manzano praelect. ad Tit. D. de legatis et fideicommissis, in Meermanni thesaur. Tom. VII. p. 270 fg. §. III—V. Vgl. auch Fornerius rer. quotid. I. cap. XI., in Ottonis thesaur. II. pag. 158 sq.

34) Gai. II. 192. Ulp. XXIV. 2.

seinem Vermögen das Eigenthum einer Sache oder auch ein anderes dingliches Recht einer Person nach seinem Tode überwies, wie er dasselbe bei seiner Lebzeit durch ein civiles Rechtsgeschäft sofort einräumen konnte. Die übliche Formel dafür war do lego, z. B. Stichum servum meum do lego; diese Formel war so sehr die gebräuchliche, daß sogar ein eigenes Zeitwort, do-lego-legare, zur Bezeichnung dieser Art des Legats gebildet wurde [35]). Aber es wurden auch andere Ausdrücke, welche nicht so, wie jene Worte, den Willen des Gebers betonten, sondern die Macht, die dem Legatar zustehen sollte, ausdrückten, als gleichkräftig zugelassen, z. B. Titius Stichum servum capito, sumito, sibi habeto [36]);

35) So wird in den Fragm. Vat. §. 47. das Do-lego-legatum mit mancipatio und in jure cessio zusammengestellt, und in §. 57. 83. des usus fructus dolegolegatus erwähnt.

36) Ulp. XXIV. 3. Per vindicationem his verbis legamus: *do lego. capito, sumito, sibi habeto.* Marezoll S. 67. faßt diese Stelle falsch auf, als ob alle unterstrichenen Worte zusammen die Formel des Vindicationslegates bildeten; *his verbis* heißt nur: „mit diesen Worten, dem einen oder anderen derselben.“ Das beweist Gai. II. 193, wo nach Anführung der Formel *do lego* hinzugefügt wird (nach der im Wesentlichen unzweifelhaft richtigen Ergänzung der lückenhaften Stelle): si vero etiam aliis verbis velut ita legatum fuerit: *sumito*, vel ita: *sibi habeto*, vel ita: *capito*, aeque per vindicationem legatum est. Das *aeque* deutet zugleich an, daß *do lego* die ältere und ursprüngliche, daher ganz unzweifelhafte Formel war. Mayer S. 8. Anm. 5. Daher ist es auch verfehlt, wenn Marezoll weiter bemerkt, daß, wenn auch, wie Gaius ausdrücklich sagt, nicht gerade alle jene Ausdrücke gehäuft zu werden brauchten, doch ursprünglich zu den Worten *do lego* noch ein das un=

und es wurde von den beiden gewöhnlich verbundenen Worten do lego auch schon das eine oder andere allein für genügend gehalten [37]). Die Wirkung nun eines solchen Legats war die, daß der Legatar, sobald überhaupt das Legat geltend gemacht werden konnte (postquam dies legati cessit et venit), die vermachte Sache ohneweiters als seine eigene Sache vindiciren konnte, gegen den Erben wie gegen jeden anderen Besitzer derselben; darum wurde es legatum per vindicationem genannt. Der Erbe wurde durch das Legat nicht verpflichtet, nicht im eigentlichen Sinne onerirt; es fand keine in personam actio gegen ihn statt, sondern nur in rem actio, sofern er im Besitze der Sache war. Eine Uebertragung des Eigenthums von Seiten des Erben an den Legatar war weder nöthig noch möglich; die Sache war durch den Willen des Testators gleichsam von der Erbschaft vorabgeschnitten oder ausgeschieden; es lag also darin eine delibatio hereditatis in einem

mittelbare Wegnehmen andeutendes Wort beigefügt worden zu sein scheine, weil das gerade das Charakteristische des Vindicationslegates bezeichnet habe und es sonst auch an den verbis imperativis gemangelt hätte. Die verba imperativa erfordern nicht nothwendig einen Imperativ des Verbum; *do lego* drückte gerade charakteristisch den gebietenden Willen aus, der über seine Rechtssphäre noch über seinen Tod hinaus gesetzgebend waltete, und das Charakteristische des Vindicationslegates bestand nicht darin, daß der Legatar wegnehmen, vindiciren konnte, sondern darin, daß er kraft jenes Willens ohneweiters hatte, erhielt, was er schon haben mußte, um vindiciren zu können, das legirte Recht. Vgl. Lassalle S. 174 fg.

37) Gai. l. c. Sed et si alterutrum verbum positum sit, *velut hominem Stichum do,* per vindicationem legatum est. Theophilus ad §. 2. J. h. t. führt nur das Wort δίδωμι an.

prägnanteren Sinn, und man möchte wohl vermuthen, daß Florentinus seine oben (Anm. 33) angeführte Definition in besonderer Beziehung auf das Vindicationslegat aufgestellt habe, indem die Worte „collatum velit" gedeutet werden können: „was der Erblasser von sich aus auf den Legatar übertragen haben will." Das Eigenthum der vermachten Sache erwarb der Legatar, so wie es dem Erblasser zugestanden hatte, als von diesem selbst, ohne Vermittelung durch den Erben, obwohl vermittelt durch den Erwerb der Erbschaft nach Testament, geradezu ihm, dem Legatar, zugewendet[38]). Wenn gleichwohl auch in Betreff eines Vindicationslegats gesagt wurde: ab herede legatur[39]), so hatte dies nur den Sinn, daß dadurch dem Erben der Gegenstand des Legats, ex eo quod universum heredis foret, entzogen, auf seine Kosten also das Legat gewährt wurde.

Damit nun aber das Vindicationslegat einer Sache jene und überhaupt eine Wirkung habe, wurde vorausgesetzt, daß der Erblasser das Eigenthum derselben, und zwar das Eigenthum nach römischem Rechte (dominium iure Quiritium) hatte, und das nicht nur zur Zeit des Todes, sondern auch schon zur Zeit der Anordnung des Legats, also regelmäßig schon zur Zeit der Testamentserrichtung. Davon war nur die Ausnahme zugelassen, die auch durch die Natur der Sache gerechtfertigt war, daß es zur Wirksamkeit des Legates einer Summe Geldes oder anderen Quantität vertretbarer Sachen genügte, wenn diese nur zur Zeit des Todes des Testators in dessen Vermögen sich vorfand[40]). Was der Erblasser

38) Vgl. überhaupt Gai. II. 194. 204. Theophil. l. c.

39) L. 64. D. de furt. 47. 2.

40) Gai. II. 196. Ulp. XXIV. 7. Ueber die Frage, inwie-

nicht iure Quiritium, nur in bonis hatte, das konnte nicht Gegenstand dieses Legats sein. Aber nicht allein das Eigenthum einer Sache, sondern auch eine Servitut an derselben konnte per vindicationem vermacht werden, mit der Wirkung, daß der Legatar darnach direkt die vindicatio servitutis oder confessoria in rem actio erlangte, natürlich aber ebenfalls unter der Voraussetzung, daß der Erblasser iure Quiritium dominus der Sache war, und ein ius praedii nur an den Eigenthümer eines praedium vicinum [41]). Und wie ferner unter Lebenden durch in iure cessio auch die Freiheit von einer Servitut dem Eigenthümer der Sache gewährt, die Servitut gleichsam als ein eigenes Vermögensstück des Berechtigten an den Eigenthümer der Sache veräußert werden konnte, so war dies ohne Zweifel auch möglich durch das mit der in iure cessio in Parallele gestellte Do-lego-legatum, mit der Wirkung, daß in Folge dessen die Sache ipso iure servitutfrei wurde und

fern hierbei die Catonianische Regel einwirkte, vgl. einstweilen Arndts im Rhein. Mus. V. S. 231 fg. Der Commentar muß sie in dem betreffenden Titel (Dig. XXXIV. 7.) zur Sprache bringen.

41) Paul. III. 6. §. 17. Ususfructus unius cuiusque rei legari potest et aut ipso iure constituetur aut per heredem praestabitur . . . . . ipso autem iure per vindicationem. Vat. fragm. §. 47—49. 56. 57. 85. cf. L. 9. D. de servitut. 8. 1. Ohne Grund will darin Marezoll S. 68. Anm. 2. nicht ein eigentliches Vindicationslegat, nur etwas diesem Analoges erkennen. Vgl. L. 3. D. de usufr. 7. 1. (Gai. lib. II. rer. quot.) Bei dem Satze: *omnium* praediorum iure legati potest constitui ususfructus, ut heres iubeatur dare alicui usumfructum, hatte Gajus ohne Zweifel den Gegensatz im Auge, daß per vindicationem nur an italischen Grundstücken der Ususfructus vermacht werden konnte.

dem Legatar als Eigenthümer ipso iure gegen den Erben wie gegen jeden anderen die negatoria in rem actio als vindicatio libertatis rei suae zustand[42]).

2) Legatum per damnationem hieß ein Vermächtniß, durch welches dem Erben zunächst nur eine Verpflichtung auferlegt, dem Legatar zunächst nur eine Forderung gegen den Erben begründet wurde. Die übliche Formel dafür war: *heres damnas esto*, z. B. Stichum servum Titio dare; daher der Name. Aber auch hier waren andere gebietende Ausdrücke gleichen Sinnes als gleichkräftig zugelassen und anerkannt, z. B. heres dato, facito, heredem dare, facere iubeo[43]). Inhalt dieses Legates konnte alles sein, was Inhalt einer Obligatio sein konnte, jede Art von Leistung an eine bestimmte Person, die für sich oder für ihren Gewalthaber eine Forderung darauf erwerben konnte, aber natürlich nur an eine solche, daher das Legat: „heres damnas esto servum manumittere" nichtig sein mußte, es sei denn etwa, daß sich an die Freilassung des Skla-

42) Mayer a. a. O. S. 8. Anm. 4. In Ansehung solcher dinglichen Rechte, die nur tuitione praetoria bestanden, konnte wohl ein Vindicationslegat als solches so wenig, wie in Ansehung blos bonitarischen Eigenthums statt haben. Vgl. L. 71. §. 5. 6. L. 86. §. 4. D. de legat. I.

43) Gai. II. 201. Ulp. XXIV. 4. Paul. III. 6. §. 2. 6. 8. Vat. fragm. §. 85. 87. 88. Die Formel „damnas esto" ist dieselbe, deren sich auch Leges bedienten, die eine strenge Obligatio begründen wollten, z. B. die lex Aquilia nach L. 2. pr. 27. §. 5. D. ad leg. Aquil. IX. 2. Lex Salpens. cap. 27. Lex Malacit. cap. 58. 61. 62. 67. Es sprach sich also darin charakteristisch das Legare im Sinne der zwölf Tafeln aus (Anm. 11 fg.). — Auch die Bezeichnung *damnas esto* legamen findet sich bei Agroetius de orthogr. (Putsch. pag. 2271).

den ein vermögensrechtliches Interesse eines Anderen knüpfte, zu dessen Gunsten dem Erben auferlegt wurde, die Freilassung zu bewirken. Sowohl ein facere oder non facere, als ein dare konnte Inhalt des Legats sein [44]), die Befreiung von Verpflichtungen des Legatars oder denselben beschränkenden Rechten Anderer wie das Verschaffen von anderen verschiedenartigen Vermögensvortheilen [45]) oder Rechten, und das letzte sowohl in Beziehung auf Sachen des Erben oder dritter Personen wie auf eigene Sachen des Erblassers, selbst zukünftige Sachen [46]). Ueberall aber erzeugte das Legat zunächst nur eine Forderung des Legatars; wenn also eine eigene Sache des Erblassers in dieser Art vermacht war, so wurde gleichwohl jedenfalls der Erbe zuerst Eigenthümer derselben, sofern sie noch in der Erbschaft vorhanden war, und konnte nur mit in personam actio darauf belangt werden, das Eigenthum zu übertragen, bei res mancipi durch mancipatio oder in iure cessio, bei res nec mancipi durch in iure cessio oder Tradition [47]). Insbesondere konnte dem Erben auch auferlegt werden, einen Theil der Erbschaft, ja, so lange nicht beschränkende Gesetze entgegenstanden, selbst das ganze Erbschaftsvermögen [48]) einem Anderen herauszugeben.

44) Paul. l. c. §. 10. Damnari heres potest, ut alicui domum extruat aut aere alieno eum liberet. Vgl. L. 49. §. 8. 9. L. 66. D. de legat. I. L. 30. §. 3. D. de legat. III. L. 2. 7. §. 1—3. L. 8. 9. 25. D. de liberat. leg. XXXIV. 3. u. a.

45) Z. B. L. 82. §. 5. L. 105. D. de legat. I. L. 13. 50. §. 2. L. 76. §. 3. D. de legat. II.

46) Gai. II. 197. 202. 203. Ulp. XXIV. 8. 9.

47) Gai. II. 204. Gai. epit. II. 5. §. 2. 3.

48) Die Möglichkeit dessen ist für das ältere Recht wohl nicht

Jenes geschah durch die Formel: „heres meus cum Titio hereditatem meam partito“ oder „dividito,“ wodurch gleichheitliche Theilung als beabsichtigt galt, wenn nicht ein bestimmter geringerer oder größerer Theil dabei angegeben war[49]). Hier war partitio legata; es wurde aber dadurch nicht successio in universitatem pro parte für den Legatar begründet, sondern ebenfalls nur eine Obligatio des Erben, dahin gehend, daß er entweder durch Zahlung des Schätzungswerthes des ihm bestimmten Vermögensantheils den Legatar abfinde oder demselben alle Vermögens-Rechte der Erbschaft, so wie es nach der Natur derselben möglich war, zu dem bestimmten Theile mittheilte oder übertrug, natürlich aber unter Abzug oder gegen Uebernahme des entsprechenden Theils der auf der Erbschaft lastenden Verbind-

zu bezweifeln, so daß dem Erben, wie beim Mancipationstestamente dem familiae emtor, nur die Ehre der Repräsentation des Verstorbenen übrig blieb. Mayer §. 6. Anm. 16. vgl. Lassalle S. 202 fg. Nachdem aber die lex Falcidia die potestas legandi auf $^3/_4$ des Vermögensbetrags der Erbschaft beschränkt hatte, mußte ein solches Legat von selbst als nur zu $^3/_4$ gültig angesehen werden, und es ist daher begreiflich, daß die classischen Juristen nur mehr von partitio legata sprechen. Jenes konnte höchstens nur noch die Folge haben, daß der Erbe, wenn er imperitia lapsus das ganze Vermögen dem Legatar überlassen hatte, das zuviel gegebene nicht mehr zurückfordern konnte. L. 9. §. 5. D. de iure et facti ignor. XXII. 6.

49) Ulp. XXIV. 25. Sicut singulae res legari possunt, ita universarum quoque summa legari potest, utputa (hoc) modo: *heres meus cum Titio hereditatem meam partito, dividito*, quo casu dimidia pars bonorum legata videtur; potest autem et alia pars, velut tertia vel quarta, legari. L. 22. §. 5. D. ad Sc. Treb. XXXVI. 1.

lichkeiten [50]). Zur Ordnung dieses Verhältnisses waren eigene stipulationes partis et pro parte zwischen dem Erben und Legatar hergebracht [51]). Der Usufructus aber konnte nach einem bekannten Senatsbeschlusse [52]) auch an dem ganzen Vermögen oder einem Theile desselben vielleicht in der Form des Vindicationslegates gültig vermacht werden [53]), obwohl dadurch nur an den in der Erbschaft befindlichen nicht verzehrbaren Sachen unmittelbar das dingliche Recht des Usufructus begründet werden konnte. Die Obligatio aber war überall eine streng civilrechtliche und erzeugte eine Actio mit der Intention *dare oportere*, wenn der Gegenstand eine certa res war, mit *dare facere oportere* in anderen Fällen; wenn der Gegenstand in einer Summe römischen Geldes bestand, so fand nach ältestem Rechte die

50) L. 23. 26. §. 1. L. 104. §. 7. D. de legat. I. L. 8. §. 5. L. 9. D. de legat. II.

51) Gai. II. 254. Ulp. XXV. 15. cf. §. 5. J. de fideicomm. hered. II. 23.

52) Dig. de usufructu earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur. VII. 5.

53) Ulp. XXIV. 26. 27. Ueber den Text des §. 25. 26. vgl. Huschke jurispr. antejust. ed. 2. pag. 511. — Hatte der Erblasser mit *do lego* den ususfructus bonorum oder partis bonorum, z. B. nach Ulp. XV. 3, vermacht, so war dieses Legat schon vor dem Sc. Neronianum jedenfalls nicht ungültig bezüglich aller in der Erbschaft befindlichen nicht verzehrbaren Sachen; daß man es auch in Ansehung anderer Sachen als gültiges Vermächtniß des quasi-ususfructus angesehen habe, ist um so mehr wahrscheinlich, als man auch bei dem nomen legatum keinen Anstoß an der Form *do lego* genommen zu haben scheint.

legis actio per manus iniectionem gegen den Erben statt, und nach classischem Rechte noch ging die Klage, wenn nur der Gegenstand res certa war, gegen den Läugnenden auf den doppelten Betrag [54]). Da dieselbe bei

54) Gai. II. 204. 213. 282. IV. 9. 171. cf. L. 71. §. 2. 3. D. de legat. I. L. 61. in f. D. ad leg. Falcid. XXXV. 2. §. 7. J. de obl. quasi ex contr. III. 27. Vgl. Rudorff in der Zeitschr. für geschichtliche Rechtsw. XIV. S. 399 fg. Bethmann-Hollweg, der römische Civilproceß I. S. 161 fg. Streitig ist dabei, ob diese Litiscrescenz nur dann eintrat, wenn certa pecunia, oder auch dann, wenn sonst eine certa quantitas oder species per damnationem vermacht war. Huschke, Recht des Nexum S. 223 fg. und in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. XIII. S. 269. vertheidigt das letzte, Rudorff a. a. O. das erste. Huschke aber beharrt bei seiner Ansicht auch noch in der jurisprud. anteiust. ad Gai. IV. 9, und, wie es scheint, mit Recht. Dafür spricht Gai. II. 282, welcher schlechtweg legatum per damnationem relictum nennt, verglichen mit §. 7. J. cit. verb. „quae certa constituta per damnationem cuicunque fuerint legata," und Gai. IV. 9, wo man wohl mit Böcking lesen mag: „*et rerum*, legat*arum* nomine quae per damnationem cert*ae* relictae sunt, oder wahrscheinlich richtiger, da die Verfasser der Institutionen gewiß diese Stelle vor Augen hatten, mit Huschke: „*item* legatorum nomine, q. p. d. cert*a* relicta sunt," aber gewiß nicht mit Lachmann: „*vel pecuniarum* legat*arum* nomine etc.;" endlich der Umstand, daß die citirten Pandektenstellen deutlich durchblicken lassen, daß auch bei dem legatum rei certae die Unterlassung der confessio für den Beklagten von bedenklichen Folgen war. Wenn Rudorff Rechtsgesch. II. S. 281. Anm. 42. zur Vertheidigung der Lesart *pecuniarum* sich auf Gai. III. 223. beruft, so ist dagegen zu bemerken, daß hier pecuniae nicht im Plural vorkommt, sondern als Genitiv zu poenae, wo nicht mit Böcking (5. Ausg.) *pecuniariae* zu lesen ist.

dem allein in Uebung gebliebenen Mancipationstestamente auf einem Nexum im weiteren Sinne beruhte, so fand auf sie die liberatio aere et libra Anwendung, jedoch nur, wenn der Gegenstand ein certum war, nach Gewicht oder Zahl, oder auch, wie Einige annahmen, nach Maß bestimmt [55]).

3) Das legatum sinendi modo erscheint seiner Form nach nur als eine Art des Damnationslegats. Es lautete beispielsweise: ***heres meus damnas esto Lucium Titium Stichum servum sumere sibique habere*** [56]). Daß es als eine dritte Hauptart der Legate hervorgehoben wird, erklärt sich wohl daraus, daß man nur das legatum rei vor Augen hatte; denn sonst hätte man eben so gut auch das Legat: ***heres damnas esto non petere*** und hundert andere als Hauptarten unterscheiden können. In jener Beziehung aber nimmt dasselbe allerdings eine Mittelstellung zwischen dem legatum rei per vindicationem nach Nr. 1. und per damnationem nach Nr. 2. ein. Mit dem ersten ist es verwandt darin, daß es den Legatar, wie jenes, zu einem Nehmen der Sache berechtigte, verschieden davon darin, daß es nicht unmittelbar das Eigenthum der Sache gewährte; mit dem anderen ist es verwandt darin, daß es eine Obligatio des Erben erzeugte, verschieden davon durch den Inhalt der Obligatio, indem es den Erben, wenigstens seinem Wortinhalte nach und direkt, nicht zur Verschaffung des Eigenthums der Sache

55) Gai. III. 173—175.

56) Gai. II. 209. Anders lautet die Formel in Gai. epit. II. 5. §. 6. *Ille heres meus rem illam illum permitte praesumere et sibi habere*, worin man die ungeschickte Hand eines Verfassers von Formulae des 6. Jahrh. zu erkennen vermeint.

(dare rem) verpflichtete, sondern nur zu einem Gestatten, daß der Legatar sich der Sache bemächtige. Aus diesem Grunde konnte dasselbe nicht nur eine Sache der Erbschaft zum Gegenstande haben, sondern auch eine Sache des Erben, und es genügte jedenfalls, wenn der eine oder andere die Sache nur zur Zeit des Todes des Erblassers in seinem Vermögen, ob auch nicht iure Quiritium, ja consequent selbst, wenn sie der Erblasser bis zu seinem Tode oder der Erbe zu dieser Zeit nur im Usucapionsbesitze hatte, insofern dadurch nun der Legatar in die Lage kommen konnte, die Usucapion fortzusetzen. Wenn aber sonst die Sache eines Dritten in dieser Weise vermacht war, so konnte freilich das bloße sinere rem sibi habere von Seiten des Erben dem Legatar nichts nützen, weil es die Vindication des Eigenthümers überall nicht hinderte[57]). Doch wird von Gaius auch noch die Frage aufgeworfen, ob das Legat nicht gültig sei, wenn der Erbe erst nach dem Tode des Testators das Eigenthum der Sache erworben hat; aber er sagt, daß die meisten dasselbe in diesem Falle für ungültig erklärten[58]), wodurch freilich zugleich angedeu-

57) Gai. II. 210. 211. Ulp. XXIV. 10.

58) Gai. II. 212. „et plerique putant, inutile esse." Marezoll S. 104 fg. ist jedoch anderer Meinung. Er glaubt, es sei vor inutile ein non einzuschieben, und will damit zugleich erklären, daß in Gai. epit. II. 5. §. 6. gesagt wird: „Nam et propriam rem testator et heredis sui et alienam per sinendi modo legatum relinquere potest;" er hält es für genügend, wenn der Erbe nur bis zur Antretung der Erbschaft das Eigenthum erworben habe. Aber jenes Einschiebsel ist willkürlich und unnöthig. Vgl. Mayer §. 4. Anm. 11. Nach dem von Böcking herausgegebenen Apographum (Lipsiae 1866) bietet der Codex Veronensis keinen Raum für jenes non.

tet wird, daß Manche anderer Meinung waren. Eine Meinungsverschiedenheit bestand unter den Juristen auch in Ansehung der Wirkung des legatum sinendi modo. Darüber zwar waren sie nach Gaius einig, daß in Folge desselben selbst nach Antretung der Erbschaft nicht das Eigenthum der Sache sofort und ohne Uebertragung durch den Erben auf den Legatar übergehe, diesem vielmehr zunächst nur in personam actio erworben werde, als deren Intentio Gaius angibt: *quidquid heredem ex testamento dare facere oportet*[59]). Darüber aber, was der Legatar mit dieser Actio erzielen konnte, gingen die Meinungen auseinander.

Nach seinem wörtlichen Inhalte legte das Legat dem Erben offenbar durchaus kein positives Handeln auf, um dem Legatar die Sache zuzuwenden, sondern lediglich nur ein Zulassen, daß dieser dieselbe sich nehme und behalte. Daran festhaltend behaupteten Manche, daß der Erbe auch zu nichts weiter zu verhalten sei, also nur belangt werden könne, wenn er irgendwie das Nehmen der Sache hinderte oder vereitelte. Nach dieser Ansicht durfte also zwar der Erbe, wenn etwa der Legatar die Sache gegen ihn vindicirte, keinen Widerspruch entgegensetzen, nicht contra vindicare; aber er konnte nicht einmal dazu angehalten werden, demselben vor den Prätor zu folgen und dort durch in iure cessio ihm das Eigenthum förmlich einzuräumen; er konnte eben so wenig zu Mancipation oder Tradition der Sache, und selbst nicht, nachdem diese durch Zulassung der Stellvertretung im Rechtsstreite möglich geworden war, zur Abtretung der Eigenthumsklage, falls ein Dritter im Besitze der Sache war, genöthigt werden; das Eigenthum konnte also der

59) Gai. II. 213. a. E.

Legatar, falls er ohne Zuthun des Erben in den Besitz gekommen war, nur erst durch Ersitzung erwerben, wenn nicht der Erbe freiwillig zu dessen Uebertragung sich herbeiließ [60]). Andere aber, mehr den Willen des Erblassers berücksichtigend, der doch offenbar darauf gerichtet war, daß der Legatar die Sache haben und rechtlich gesichert behalten solle, behaupteten, über den Wortsinn des Legates hinausgehend, der Erbe sei verpflichtet, den Legatar auch in den Stand zu setzen, daß er jedenfalls mit Erfolg die Sache für sich gewinnen und behaupten könne (sibi habere): und diese Ansicht war zur Zeit des Gaius offenbar die herrschende geworden, obwohl sie der strengen Consequenz weniger entspricht [61]), und daß sie späterhin durch die erste strengere Ansicht verdrängt worden sei, dafür kann der westgothische Gaius (Anm. 56.) nicht ein vollgültiges Zeugniß abgeben.

60) Gai. II. 214. Sunt tamen qui putant ex hoc legato non videri obligatum heredem, ut mancipet aut in iure cedat aut tradat, sed sufficere, ut legatarium rem sumere patiatur; quia nihil ultra ei testator imperavit quam ut sinat, id est patiatur, legatarium rem sibi habere. Vgl. Gai. epit. l. c. „in quo legato quoquo modo non quidem heres legatario rem, quae relicta (est), iubetur tradere, sed vindicanti legatario non permittitur prohibere."

61) Vgl. Gai. II. 213. Sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam hereditatem legatarii efficitur, sed manet heredis eo usque donec is heres tradendo vel mancipando vel in iure cedendo legatarii eam fecerit, ita et in sinendi modo legato iuris est. — mit den Anfangsworten des §. 214. „Sunt tamen qui putant." Mayer a. a. O. Anm. 16. — Vgl. übrigens über diese Streitfragen unter den römischen Juristen die geistreich schillernden Bemerkungen von Lassalle S. 206 fg.

Darnach war denn das legatum sinendi modo von dem gewöhnlichen legatum per damnationem nur noch darin unterschieden, daß nur eine Sache der Erbschaft oder des Erben Gegenstand desselben sein konnte, daß der Erbe nicht schlechthin zum Dare verpflichtet war und die Sache nicht selbst von einem Dritten herbeizuschaffen hatte, und darum lautete denn auch die Intentio der Klage, selbst wenn das Legat auf eine certa res oder quantitas gerichtet war, niemals auf *dare oportere*, sondern immer nur auf *dare facere oportere*.

Doch ist noch eine wesentlich abweichende Ansicht über die Natur und Wirkung des legatum sinendi modo aufgestellt und ausführlich vertheidigt worden [62]), die wenigstens erwähnt werden muß, wenn auch nur, um sie abzuwehren. Es wird behauptet, daß auch in Folge des sinendi modo legatum ein unmittelbarer Uebergang des Eigenthums der Sache auf den Legatar stattgefunden habe, ohne daß es dazu eines Uebertragungsaktes von Seiten des Erben bedurfte, ein Uebergang jedoch vom Erben auf den Legatar erst von dem Zeitpunkte an, da dieser das Legat angenommen, d. h. erklärt habe, von dem ihm durch dasselbe gestatteten Vindicationsrechte, das der Erbe zulassen mußte, Gebrauch machen zu wollen. Diese Annahme ist schon an sich höchst unwahrscheinlich, weil dem Charakter des alten Civilrechtes widersprechend. Wie sollte der Befehl an den Erben, die Vindication zuzulassen, die Wirkung haben, daß das Eigenthum einer Sache des Erben, die außerhalb der Willensmacht des Erblassers lag, res mancipi oder nec mancipi, so leichthin einem Anderen erworben werde? Was man allenfalls zugeben könnte,

62) Marezoll a. a. O. S. 107 fg.

wäre höchstens dieses, daß das legatum sinendi modo, als den Befehl enthaltend, die Vindication zuzulassen, so aufzufassen wäre: der Erbe solle mit dem Legatar vor den Prätor gehen, diesen dort die formelle Vindicatio vornehmen lassen und die Gegenvindication unterlassen. Das wäre dann aber ja eine wirkliche in iure cessio, und das legatum sinendi modo wäre gleichbedeutend mit dem Legate: heres damnas esto Titio rem in iure cedere. Die Ansicht lehnt sich denn auch nur an sehr gebrechliche Stützen, einmal nämlich an die Voraussetzung, daß sumere so viel heiße als vindicare (im technischen Sinne), wozu das Recht doch nur als Folge des schon erworbenen Eigenthums bestehen könne; sodann an den Ausspruch des westgothischen Gaius (Anm. 60.) in den Worten: vindicanti legatario non permittitur prohibere. Allein jene Voraussetzung ist ungegründet; der Umstand, daß das befehlende *sumito* als genügender Ausdruck für ein legatum per vindicationem galt und dieselbe Kraft hatte, wie das ohne Zweifel ebenfalls anwendbare *vindicato*, berechtigt noch nicht, *sumere* auch in anderer Verbindung als gleichbedeutend mit *vindicare* in dem Sinne von Anstellung der Eigenthumsklage zu nehmen, so wenig als es Jemanden einfallen wird, die Worte *sibi habere* oder *capere* für gleichbedeutend damit zu erklären, weil auch *sibi habeto* oder *capito* anstatt *do lego* gebraucht werden konnte. Und daß der verhunzte grammatisch fehlerhafte Satz des westgothischen Gaius gegenüber der Darstellung der ächten Institutionen ohne alles Gewicht sei, kann um so weniger bezweifelt werden, als das *vindicanti* ja auch in der vulgären Bedeutung von „in Anspruch nehmend," verstanden werden kann. Das vindicare bezeichnete zudem in seiner ursprünglichen

formell technischen Bedeutung nicht eine Handlung, die schon erworbenes Eigenthum voraussetzte, sondern nur die förmliche Behauptung in iure, daß man Eigenthümer sei. Wenn man nun annimmt, daß der Legatar zuerst der Sache sich bemächtigen und dieselbe vor den Prätor bringen, zugleich aber den Erben durch in ius vocatio ebenfalls dort zu erscheinen nöthigen und alsdann jene förmliche Vindicatio vornehmen konnte, ohne Widerspruch von Seiten des Erben fürchten zu dürfen, so erwarb er dann wirklich das Eigenthum, sofern es dem Erben zustand, und auf diese Weise möchte sich denn die Entstehung der nach Gaius herrschenden Ansicht ohne Verstoß gegen den Wortinhalt des Legats erklären lassen, indem der Legatar sich nicht beschweren konnte, wenn der Erbe bereit war, statt ihm vor den Prätor zu folgen, ihm durch Mancipatio oder Traditio die Sache zu übertragen. Kam es aber zur Klage, weil der Erbe weder zu dem einen noch zu dem anderen sich herbeiließ oder die Möglichkeit durch sein Verschulden vereitelt hatte, so konnte der Erfolg nach damaligem Prozeßrechte nur in der Condemnatio zu entsprechender Geldsumme bestehen, und darin unterschied sich denn das legatum sinendi modo immer charakteristisch von dem legatum per vindicationem, daß es für den Legatar nicht ohne Zuthun des Erben die Möglichkeit, die rei vindicatio mit Erfolg anzustellen, erzeugte, welche mehr, als die in personam actio, Aussicht auf Erlangung der Sache selbst gewährte.

Uebrigens konnte die einmal üblich gewordene Formel des legatum sinendi modo auch angewendet werden, um andere Vermögensvortheile als Eigenthum einer Sache zuzuwenden, wie Paulus ausdrücklich sagt [63]).

63) Sent. III. 6. §. 11. Sinendi modo tam corporales res.

Das Beispiel, welches derselbe namentlich hervorhebt, ist sogar unbedenklicher als ein Dolegolegatum gleichen Inhaltes. Wenn der Erblasser sagte: heres damnas esto sinere Titium quod mihi debet sibi habere, so war dies gewiß eine ganz unverfängliche liberatio legata, während man das Legat: Titio id quod mihi debet do lego wohl beanstanden konnte, weil id quod nicht im Eigenthum des Erblassers war. Aber auch ein dingliches Recht konnte sinendi modo vermacht werden, z. B. heres damnas esto sinere Titium utifrui fundo Corneliano [64]), was denn nach der strengeren Auslegung den Erben nur verpflichtete, dem Legatar den thatsächlichen Fruchtgenuß zu gestatten (patientiam fructus percipiendi praestare), nach der günstigeren aber die Bestellung des Ususfructus als dingliches Recht durch in iure cessio mit sich bringen konnte. Daß auch eine partitio sinendi modo legata vorkam, läßt sich aus der Vergleichung von L. 23. D. de legat. I. mit Gai. II. 280. entnehmen, indem dort post moram dem Legatar auch Früchte zugesprochen werden, hier aber angeführt wird, daß gerade nur bei dem legatum sinendi modo wie bei Fideicommissen ein Anspruch auf Früchte anerkannt worden sei [65]).

4) Das legatum per praeceptionem ist so benannt nach der üblichen Formel *praecipito*, z. B. Lucius Titius hominem Stichum praecipito [66]). In spezifi-

quam quae in iure consistunt, legari possunt; et ideo debitori id quod debet recte legatur. Vgl. L. 16. D. de lib. leg. XXXIV. 3.

64) L. 14. 15. D. de usu et usufr. leg. XXXIII. 2. L. 18. D. de lib. leg. XXXIV. 3.

65) Mayer a. a. O. Anm. 15.

66) Darüber insbesondere vgl. Degenkolb diss. inaug. de legato quod fiebat per praeceptionem. Berolini 1855.

scher Bedeutung fand dies Anwendung, um einem von mehreren Erben ein Voraus von der Erbschaft (praecipuum) vor den Miterben zuzuwenden, also z. B. Titius, Maaeius, Sempronius heredes sunto Titius Stichum servum praecipito. Die Sabinianer behaupteten denn auch, daß ein solches Legat nur zu Gunsten eines von mehreren Erben (als Prälegat) gültig sei. Die Proculianer dagegen erklärten dasselbe auch, wenn es einem Nichterben hinterlassen war, für gültig, indem sie von der Vorsilbe *prae* als überflüssig absahen und *praecipito* als gleichbedeutend mit *capito* nahmen, das Legat also als Vindicationslegat behandelten, wobei aber natürlich die Erfordernisse eines Vindicationslegats vorausgesetzt werden mußten; und diese Ansicht soll durch Hadrian bestätigt worden sein[67]. In dem Falle nun, den die Sabinianer allein als gültig ansahen, konnte der mit solchem Legat bedachte Erbe sein Recht den Miterben gegenüber in dem iudicium familiae erciscundae geltend machen, und die Sabinianer sahen darin überhaupt den einzig möglichen Weg, das Legat zur Geltung zu bringen, während die Proculianer, auch hier das in dem praecipito enthaltene capito betonend, dem Legatar, schon bevor ihm durch Adjudicatio oder freiwillige Uebertragung von Seiten der Miterben das Eigenthum auch zu deren Antheil eingeräumt worden, die Vindicatio beilegten, wofern es an den Voraussetzungen des Vindicationslegates nicht fehlte[68]; und diese letzte Ansicht wurde durch ein Rescript des Gordian unter Bezugnahme auf ein Responsum Papinian's selbst für den Fall bezüglich des ganzen Legats bestätigt, wenn der Praelegatar die Erbschaft ab-

67) Gai. II. 216. 217. 221. 223. Ulp. XXIV. 11.
68) Gai. II. 219. Ulp. l. c.

lehnte[69]). Mittels des iudicium familiae erciscundae aber konnte der Legatar-Erbe nach der Ansicht beider Schulen dem Legate auch dann den Erfolg sichern, wenn Gegenstand desselben eine Sache war, die dem Erblasser nicht ex iure Quiritium gehört, sondern nur in bonis desselben sich befunden hatte[70]); und dieses wurde noch mit günstigerer Auslegung weiter ausgedehnt; man sah nur darauf, ob Etwas materiell als zum Vermögen des Erblassers gehörig betrachtet werden konnte und von dem Miterben nur dem einen Vorausbedachten überlassen zu werden brauchte, so daß, wie Gaius ausdrücklich bemerkt, auch die einem Gläubiger fiduciae causa mancipirte Sache in dieser Art vermacht werden konnte, mit der Wirkung, daß die Miterben dieselbe durch Zahlung der Schuld auszulösen hatten, und der Prälegatar alsdann dieselbe etwa durch die ihm allein überlassene actio fiduciae für sich gewinnen konnte[71]). Darnach konnte

69) L. 12. Cod. de legatis. VI. 37. vgl. L. 75. §. 1. D. de legat. II. (Pap. lib. VI. respons.).

70) Gai. II. 220. 222. Wenn Ulp. l. c. schlechtweg sagt: „per praeceptionem legari possunt res, quae etiam per vindicationem," so ist dies nach Gai. II. 222. nur so zu verstehen, daß diese Sachen, der Proculianischen Ansicht gemäß (Anm. 67), Jedem per praeceptionem vermacht werden konnten, ohne die Möglichkeit auszuschließen, daß einem Erben auch eine Sache, die in bonis tantum testatoris fuerat, wirksam hinterlassen werde. Vor Entdeckung des Gaius stellte man nach Ulp. l. c. das legatum per praeceptionem in dieser Beziehung dem Vindicationslegate ganz gleich. Vgl. Degenkolb l. c. p. 27. sq.

71) Gai. II. 220. führt dies nur als ein Beispiel (*veluti* si quis etc.) dafür an, daß auch Sabinianer aliquo tamen casu etiam alienam rem (per) praeceptionem legari posse fatentur. Anstatt *per praeceptionem* zu

es gewiß auch kein Bedenken erregen, wenn ein nomen per praeceptionem legirt wurde, z. B. Titius heres, quod mihi Sempronius debet, praecipito[72]). War aber eine Geldsumme per praeceptionem vermacht, so war die Wirksamkeit des Legates nicht einmal davon abhängig, daß die Summe sich in der Baarschaft des Nachlasses vorfand[73]); die Miterben konnten angehalten werden, sie durch Verkauf von Erbschaftssachen mittelbar aus dem materiellen Bestande des Nachlaßvermögens zur Verfügung zu stellen[74]).

lesen *praeceptores*, wie Degenkolb S. 32. vorschlägt, scheint mir verwerflich.

72) Vgl. L. 4. pr. 42. D. fam. erc. X. 2. L. 49. D. de V. S., Degenkolb l. c. p. 35. sq.

73) So sagt Paulus in Sent. III. 6. §. 1. und in L. 25. §. 22. D. fam. ercisc. X. 2.

74) So bestimmt näher Gaius in L. 26 D. eod. Officio autem iudicis convenit iubere rem hereditariam venire unam pluresve, pecuniamque ex pretio redactam ei numerari, cui legata sit. Diese Bestimmung beweist, daß Gaius die Wirksamkeit des Legates nicht erst aus dem Sc. Neronianum ableitete; denn wenn nach diesem das Legat als Damnationslegat aufrecht erhalten wurde, so war direkt die Forderung auf die Geldsumme pro partibus hereditariis gegen die Miterben begründet. Nur in diesem Falle aber konnte füglich die Frage aufgeworfen werden, ob der Prälegatar die ganze Summe von den Miterben begehren könne, oder nur mit Abzug des auf seinen eigenen Erbtheil fallenden Theils derselben? die aber Paulus in L. 25. §. 22. cit., die Natur des eigentlichen Präceptionslegats möglichst festhaltend, dahin beantwortet, ut id praestandum sit, quod praestaretur, si pecunia esset inventa. Wurde die Summe durch Verkauf von Erbschaftssachen aufgebracht, so trug natürlich auch der Legatar-Erbe pro sua parte dazu bei.

Die bisher erklärte Unterscheidung der Legate nach ihrer Wortfassung war keineswegs blos eine Erfindung spitzfindiger Juristen; sie war vielmehr ihrem Wesen nach begründet durch die Verschiedenheit des Inhaltes der Legate oder der Willensrichtung des Erblassers, die in den Worten ihren Ausdruck fand, und die einzelnen Sätze, die für die vier Hauptarten der Legate aufgestellt wurden, waren nur mehr oder minder sichere Folgerungen, die sich aus der Ausdrucksweise des Erblassers nach genauer Auffassung derselben zu ergeben schienen. Ja, man darf sagen: wenn der Erblasser seinen Ausdruck mit sorgfältiger Erwägung seiner sprachlichen Kraft und Bedeutung gewählt hatte, so mußte er selbst jene Folgerungen, wenigstens diejenigen Sätze, worüber die Juristen einig waren, als richtig anerkennen. Allein nach römischer Weise hielt man an jenen Consequenzen streng fest, ohne sich durch die Frage nach dem wirklichen Willen des Erblassers irre machen zu lassen. So erklärte man das Legat für ungültig, wenn es als Legat der Art, als welches es sich durch seinen Ausdruck formell charakterisirte, wegen Mangels der einen oder anderen besonderen Voraussetzung desselben nicht zu Recht bestehen konnte, obwohl dieselbe Sache in anderer Legatsform hätte wirksam hinterlassen werden können. Dadurch aber mußte man, zumal bei Abnahme des alterthümlichen strengen Formensinnes, häufig in Conflict gerathen mit dem thatsächlich unbezweifelbaren wirklichen Willen des Testators. Insbesondere bezüglich der Formel *do lego* ist es begreiflich, daß Viele, die alte intensive Kraft derselben als einer unmittelbares Geben vom Erblasser selbst aus bezeichnenden Ausdrucksweise verkennend, ihrer sich unvorsichtig bedienten, wo die Verhältnisse nicht so beschaffen waren, daß ein Vindications-

legat als solches bestehen konnte. Wenn Jemand eine Sache, wissend, daß sie eine fremde sei, in jener Form vermacht hatte, so konnte man doch nicht annehmen, daß er nur einen schlechten Spaß habe machen wollen, den man von demjenigen, der den Tod vor Augen hat, nicht vermuthen kann; näher lag die Vermuthung, daß er sich nur in der Formel des Legats vergriffen, aber den ernstlichen Willen gehabt habe, dem Legatar die Sache zu verschaffen; und wenn Jemand sogar, irrig vermeinend, die Sache gehöre ihm ex iure Quiritium, dieselbe mit *do lego* vermacht hatte, während er sie in der That nur in bonis hatte, so konnte man vollends nicht zweifeln, daß er sie jedenfalls in gleicher Weise, wie sie ihm gehörte, dem Legatar zuwenden wollte. Daher war ein Eingreifen der Gesetzgebung vollkommen gerechtfertigt, um jene starre Consequenz zu durchbrechen. Dies geschah durch das senatusconsultum Neronianum, so benannt, weil es auctore Nerone Caesare factum est [75]). Gaius gibt als Bestimmung desselben an: „ut si eam rem quisque legaverit, quae eius nunquam fuerit, perinde utile sit legatum, atque si optimo iure relictum esset"; Ulpian dagegen sagt davon: „quo cautum est, ut quod minus aptis [76]) verbis legatum est, perinde sit ac si optimo iure legatum esset". „Optimum autem ius legati per damnationem est", setzt Ulpian in Ueber-

75) Gai II. 197. 212. Ulp. XXIV. 11ª. cf. Vat. fragm. §. 85.

76) Dieses Wort ist freilich problematisch. Im Cod. Vat. liest man pactis, was offenbar unrichtig ist. Ob man nun aptis oder rectis, oder exactis, oder ratis u. s. w. emendire, ist in Rücksicht des Sinnes unerheblich. Vgl. Böcking und Huschke ad h. l.

einstimmung mit Gaius hinzu[77]). Nach der Inhaltsangabe von Gaius hätte der Senatsbeschluß ausdrücklich von dem Legate einer fremden Sache gesprochen; nach der des Ulpian hätte er sich allgemeiner dahin ausgesprochen, daß ein Legat, welches nur zufolge einer in dem concreten Falle unpassenden Ausdrucksweise ungültig sei, während es in anderem Ausdrucke gültig hinterlassen werden könnte, doch wirksam sein solle, als wäre es in bester Form Rechtens angeordnet worden, und das hieß soviel, als wäre es per damnationem legatum, das für jeden Stoff empfänglich war. Die Jurisprudenz aber faßte den Inhalt des Senatsbeschlusses jedenfalls in der letzten Weise auf, und machte so auch bei dem legatum per praeceptionem Anwendung davon, wo es je nach der Ansicht, der man folgte, streng genommen für ungültig erklärt werden müßte[78]). Doch war in dieser Beziehung Sabinus besonders strenge, indem er behauptete, daß das per praeceptionem einem Nichterben angewiesene und darum nach der Ansicht der Sabinianischen Schule abgesehen von dem senatusconsultum Neronianum ungültige Legat, selbst einer Sache der Erbschaft, auch nicht ex senatusconsulto Neroniano gültig sei: nam eo, inquit, senatusconsulto ea tantum confirmantur legata, quae verborum vitio iure civili non valent, non quae propter ipsam personam legatarii non deberentur[79]). Aber diese Mei-

77) In der Stelle des Gaius hat der Cod. Veron. „optimum autem ius est per damnationen legatum". Lachmann emendirt aber gewiß mit Recht: legati.

78) Gai. II. 218. 220. 222.

79) Da Gaius ohne Zweifel den älteren Masurius (nicht Coelius) Sabinus als Vertreter dieser Meinung im Sinne hat, so beweist diese Stelle, daß jener noch unter

nung wurde von anderen Juristen der Sabinianischen Schule widerlegt und verworfen. Sed Juliano (ex sexto)[80]), so fährt Gaius fort, placuit etiam hoc casu ex senatusconsulto confirmari legatum; nam ex verbis etiam hoc casu accidere, ut iure civili inutile sit legatum, inde manifestum esse, quod eidem aliis verbis recte legatur, velut per vindicationem et per damnationem, sinendi modo; tunc autem vitio personae legatum non valere, cum ei legatum sit, cui nullo modo legari potest, velut peregrino. Es scheint hiernach die Inhaltsangabe des Senatsbeschlusses bei Ulpian die genauere zu sein; aber dabei mag immerhin der Fall eines legatum per vindicationem bezüglich einer fremden Sache besonders hervorgehoben worden sein. Daß übrigens nach dem Sc. Neronianum auch das legatum per vindicationem oder per praeceptionem einer res, quae in bonis tantum testatoris fuit, gültig war, kann nicht bezweifelt werden, da diese iure Quiritium einer res aliena gleich zu achten war, und es wird uns zudem auch ausdrücklich gesagt[81]).

Nach diesem Senatsbeschlusse wurde nun vermuthlich im Zweifelsfalle dem Legatar, dem eine Sache per vindicationem vermacht war, überlassen, sich darüber zu entscheiden, ob er das Legat in dieser Eigenschaft oder

Nero schrieb. Rudorf, Rechtsgesch. I. S. 168. Anm. 13. Zimmern, Rechtsgesch. I. S. 312. Anm. 2.

80) So hat der Cod. Veron. Vgl. darüber Böcking und Huschke ad h. l. Ich halte mit dem ersten für wahrscheinlich, daß zu emendiren sei: libro sexto, sc. Digestorum.

81) Gai. II, 222. Das hat Marezoll S. 70 übersehen. Vgl. Ulp. l. c.

vielmehr als legatum per damnationem geltend machen, also die Sache sofort als Eigenthümer vindiciren oder den Erben mit der actio in personam belangen wolle. Er brauchte wohl nicht dem Erben gegenüber das Risico auf sich zu nehmen, zu beweisen, daß die Sache utroque tempore ex iure Quiritium testatoris fuit, wenn er behaupten konnte, daß der Erbe doch jedenfalls, wenn das auch nicht der Fall sei, die Sache ihm zu geben verpflichtet sei [82]). Unzweifelhaft aber konnte diese Wahl zwischen der einen oder anderen Klage dem

82) So auch schon Schulting zu Ulp. XXIV. 11. Anderer Meinung ist Mayer a. a. O. §. 2. Anm. 12. Die Annahme, daß in Folge des Sc. Neronianum jedes, auch das gültige Vindicationslegat von dem Legatar als Damnationslegat behandelt werden konnte, meint er, widerlege sich durch die Betrachtung: „Die Klage aus dem Damnationslegate war eine condictio, die ihrer regelmäßigen Natur nach neben einer wirksamen rei vindicatio nicht stattfinden konnte". Ich verstehe aber nicht, wie sich dies mit dem vereinigt, was der Verfasser in §. 5 sagt (vgl. Anm. 84), und wie sich derselbe die praktische Gestaltung des Verhältnisses vorstellt. Wenn der Legatar gegen den Erben die actio in personam anstellte, konnte dann der letzte etwa verlangen, der Kläger solle beweisen, daß das Legat nicht als Vindicationslegat gültig sei? oder mußte er seinerseits, um die Abweisung der Klage zu erwirken, beweisen, daß die Sache wirklich utroque tempore ex iure Quiritium testatoris fuit? Und wenn dann in Folge dessen der Legatar abgewiesen wurde, und nun die rei vindicatio etwa gegen den dritten Besitzer anstellte, in diesem Prozesse aber ihm der Beweis mißlang, der in jenem Prozesse dem Erben gelungen war: wie dann? Dann hatte der Legatar das leere Nachsehen, weil die in personam actio consumirt war. Und ebenso mutatis mutandis im umgekehrten Falle, wenn der Legatar zuerst die Vindicatio vergeblich versucht hatte.

Legatar durch die Anordnung des Legats gewährt werden, indem der Testator beide Legatsformen mit einander verband. In dem bestätigten Codicill zu dem Testament des Dasumius vom Jahre 109 nach Chr. findet sich zu Anfang ein Legat mit den Worten „do lego damnasque“ (*esto quisquis mihi heres erit dare*, wie etwa weiter dasselbe gelautet haben mag), also die Formel des Vindications- und Damnationslegates vereinigt [83]). Solche Vereinigung war vermuthlich schon vor dem senatusconsultum Neronianum von vorsichtigen Testatoren häufig angewendet worden, um der Gefahr der Ungültigkeit eines Do-lego-legatum wegen Mangels der Voraussetzungen des Vindicationslegates vorzubeugen, und vielleicht war dadurch der Gesetzgebung der Fingerzeig zu der Aenderung gegeben, die jener Senatsbeschluß einführte; dieselbe wurde aber auch später noch, wie die angeführte Urkunde beweist, beliebt und war nun um so weniger zu beanstanden, als der Senatsbeschluß den Zusatz „damnasque esto dare“ zu der Formel des Do-lego-legates gewissermaßen gesetzlich supplirte, wo er von einem weniger vorsichtigen Testator ausgelassen worden, obwohl eben deswegen der Zusatz nun nicht mehr nothwendig war [84]). Eine andere Vorsichtsmaßregel bestand

83) Rudorff über das Testament des Dasumius in der Zeitschr. f. geschichtliche Rechtsw. XII. S. 399. Bruns, font. iur. ant. pag. 95.

84) Damit stimmt auch Mayer §. 5 überein. Er erkennt in L. 30. §. 1. D. de legat. III. ein Beispiel jener Vereinigung, das auf die Zeit Labeo's zurückweist, und findet es wahrscheinlicher, daß wir in dieser Sitte die Veranlassung, nicht die Folge des Sc. Neronianum vor uns haben.

darin, daß am Ende des Testaments in Beziehung auf alle darin enthaltenen Legate noch eine Clausel angefügt wurde, welche in der Formel des Damnationslegats die Erben zur Entrichtung jener Vermächtnisse verpflichtete [85]). So war denn schon im classischen Rechte der Anlaß gegeben zu der Rechtsregel, daß der Legatar sich entschließen müsse, qua actione uti velit [86]), und konnte der Fall vorkommen, daß von Mehreren, denen gemeinschaftlich eine Sache vermacht war, der eine das Legat als Vindicationslegat, der andere als Damnationslegat geltend machte, was jedoch nicht mit Erfolg dazu benutzt werden konnte, um einen unbilligen Vortheil entgegen der Willensmeinung des Testators zu gewinnen [87]).

85) L. 28. §. 2. D. de lib. leg. XXXIV. 3.... praeterea generatim *damnavit* heredes fideique eorum commisit, uti darent, restituerent unicuique quidquid ei legasset. Vgl. Mayer §. 5. Anm. 3—6.

86) L. 76. §. 8. D. de legat. II. L, 108. §. 2. D. de legat. I. cf. L. 84. §. 13. D. eod. Vergl. Marezoll S. 88 fg. Dieser nimmt ebenfalls an, daß nach dem Sc. Neronianum dem Legatar die Wahl zwischen der dinglichen und persönlichen Klage zugestanden habe. Er hat aber die Stellen in Anm. 83. 85. nicht berücksichtigt und sucht daher, da doch jenes in den Quellen nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, die citirten Stellen noch auf eine andere Weise zu erklären (S. 89—91), die keineswegs befriedigend ist und vermuthlich nicht versucht worden wäre, wenn der Vf. das Testament des Dasumius gekannt hätte, das damals noch erst zum Theile in einer juristischen Zeitschrift (von Puggé im Rhein. Mus. I. S. 249 fg.), ganz, soweit es erhalten ist, nebst dem zugehörigen Codicill, nur in den Annalen des archäologischen Instituts in Rom (1831 von Ambrosch) bearbeitet war, bis Rudorff a. a. O. 301 fg. (1845) mit bekannter Virtuosität dasselbe ausführlich erläuterte.

87) L. 33. 85. D. de legat. I.

Begreiflich ist übrigens, daß nach diesem Senatsbeschluß im Gebrauche des Lebens die Unterscheidung der verschiedenen Legatsformen im Testamente mehr und mehr sorglos außer Acht gelassen wurde, wie denn überhaupt die observantia verborum immer mehr nachließ und dadurch nicht nur die endliche Beseitigung jener Unterscheidung, sondern auch die Verschmelzung der Legate mit der zweiten Hauptart der Vermächtnisse, mit den Fideicommissen, vorbereitet wurde. Diese aber müssen nun zuerst in ihrer Eigenthümlichkeit und im Gegensatze zu den Legaten genauer aufgefaßt werden.

§. 1517. b.

Geschichtliche Entwickelung der Legate und Fideicommisse. 2) Das Fideicommissum des vorjustinianischen Rechtes [88]).

Fideicommissum heißt nach der buchstäblichen Bedeutung des zusammengesetzten Wortes eine Anordnung oder Auflage, deren Beachtung und Erfüllung nur in gutem Vertrauen auf die Bereitwilligkeit desjenigen, der darum ersucht ist, von dessen redlichem Willen erwartet wird: id quod fidei alicujus commissum est. Es war eben nur ein Ersuchen oder ein ausgesprochener Wunsch, nicht ein Gebot, nicht eine lex suae rei dicta. So hatte denn auch das Fideicommissum nach altem Rechte keine juristisch bindende Kraft, wie entschieden immerhin anerkannt wurde, daß es dem rechtlichen Manne

88) Vergl. darüber im Allgemeinen Claud. Chifletii de iure fideicommissorum libri IV. Lugd. 1584., abgedruckt in Ottonis thesaur. Tom. V. Col. 769—872; van de Wynpersse diss. inaug. ad locum iuris romani qui est de fideicommissis sive de fideicommissorum romanorum historia. Lugd. Bat. 1822. Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. IV. S. 280. fg.

einem Gebote gleich gelten müsse[89]). Erst Augustus hat solchen letztwilligen Anordnungen eine juristische Kraft verliehen, wie derselbe mit Billigung des Trebatius auch überhaupt Codicillen zuerst rechtliche Geltung verschaffte[90]). Er trug zunächst in einzelnen Fällen den Consuln auf, extra ordinem über das Fideicommiß zu erkennen und nach Umständen dessen Erfüllung zu erwirken, was dann allmälig zur Regel wurde[91]), so daß Claudius sich bewogen fand, zwei besondere Prätoren aufzustellen, welche die Streitigkeiten über Fideicommisse zu entscheiden hätten, daher praetores fideicommissarii, von denen jedoch Titus einen beseitigte[92]), in den Provinzen aber die Jurisdiktion darüber als regelmäßige Funktion den Statthaltern zu übertragen[93]). Dadurch war nun das Fideicommissum ein rechtsgültiges Vermächtniß geworden und wurde demzufolge auch die Theorie desselben von den Juristen sorgfältig ausgebil-

89) Cic. de finib. bon. et mal. II. 18. Val. Max. IV. 2. §. 7. — §. 1. J. de fideicomm. hered. II. 23. „et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur."

90) §. 1. J. l. c. pr. J. de codicillis II. 25. Vgl. Fein in diesem Comment. Bd. 44. S. 9. fg.

91) §. 1. J. l. c. Postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere, quod quia iustum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in assiduam iurisdictionem.

92) §. 1. J. cit. Pompon. in L. 2 §. 32. D. de o. J. I. 2. cf. Quinctil. instit. orat. III. 6. 70.

93) Sueton. in Claudio cap. 23.

det [94]). Allein dasselbe war von dem Legat in vielfachen und wichtigen Beziehungen verschieden [95]).

Vor Allem unterschied sich das Fideicommiß vom Legat in der Form der Anordnung. Während das Legat eine gebietende Ausdrucksweise erforderte, behielt das Fideicommiß vielmehr stets den Charakter des Ersuchens oder des ausgesprochenen Wunsches [96]). Als übliche und unbedenkliche Ausdrücke für das letzte werden hervorgehoben: Peto, volo, rogo, fideicommitto [97]), auch mando, deprecor, cupio, iniungo und desidero [98]).

94) Gai. II. 246—289. Ulp. tit. XXV. Paul. IV. 1. Der Index Florentinus zählt sechs besondere Schriften de fideicommissis auf, von Pomponius, Valens, Maecianus, Gaius, Ulpianus und Paulus, aus 2. bis 16., zusammen aus 39 Büchern bestehend, außer einem liber singularis des Modestinus: de legatis et fideicommissis, und einem des Paulus: de tacitis fideicommissis.

95) Gaius zählt diese Verschiedenheiten ex professo auf in §. 268—288.

96) Ulp. XXIV. 1. Legatum est quod legis modo, i. e. imperative testamento relinquitur; nam ea, quae precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur. XXV. 1. Fideicommissum est quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.

97) Gai. II. 249. 250. Ulp. l. c. §. 2. J. de sing. reb. II. 24. §. 4.

98) Paul. IV. 1. §. 6. Nicht ganz sicher und einigermaßen befremdend ist *impero*, wie allerdings nach der von Cujacius gebilligten Verbesserung des Alciatus die meisten Ausgaben des Paulus haben; vgl. Arndts ad h. l. pag. 101.; denn es ist sehr verwandt dem iubeo beim Damnationslegate, und nach Haenel, varietas lect. pag. 45. haben statt dessen fast alle Handschriften impetro, das aber doch gar kein passender Ausdruck zu sein scheint.

Dagegen: „relinquo“ vero et „commendo,“ sagt der westgothische Paulus, nullam fideicommissi pariunt actionem, was bezüglich des letzten Ausdruckes, als zu wenig sagend, nicht auffallend ist [99]), bezüglich des ersten aber Anstoß und selbst Zweifel darüber erregt hat, ob derselbe als ganz unwirksam oder vielmehr als Ausdruck eines Legats bezeichnet sein solle [100]). Ausdrücklich wird auch gesagt, daß ein Fideicommiß durch eine an den Begünstigten selbst gerichtete Rede angeordnet werden könne, z. B. peto, Cai Sei, ut contentus sis illa re, oder volo tibi illud praestari [1]). Es kam überhaupt nur darauf an, daß ein bestimmter Wille des Erblassers klar erkennbar war, und so konnte ein Fideicommiß auch stillschweigend angeordnet werden durch eine Verfügung, die der beabsichtigten Auflage gar nicht einmal geradezu erwähnte, z. B. umgekehrt durch die an einen eingesetzten Erben gerichtete Aufforderung, ut contentus sit aliqua re, sofern sich nur erkennen ließ, zu wessen Gunsten dieses gereichen sollte [2]). Selbst ein Wink konnte genügen, natürlich unter Voraussetzung von Umständen, die eine

99) Vgl. L. 11. §. 2. D. de legat. III.

100) Vgl. Schulting ad Pauli sentt. IV. 1. §. 6. cf. L. 78. §. 8. D. ad Sc. Treb. XXXVI. 1.

1) Paul. l. c. §. 5. cf. L. 69. pr. D. de legat. II. L. 11. §. 4. D. de legat. III. Cuiac. obs. II. 3. Vgl. noch L. 115. 118. D. de legat. I., wo es als genügender Ausdruck anerkannt wird, wenn der Testator nur sagte: „*credo* te daturum“ oder „*scio* hereditatem meam restituturum te Titio“.

2) L. 29. D. ad Sc. Treb. XXXVI. 1. §. 2. J. quib. mod. test. infirm. II. 17. Vgl. Neuner, die heredis institutio ex re certa (1853) S. 22 fg. Arndts, Pand. §. 493. Anm. 4.

bestimmte Deutung desselben ermöglichten [3]). Auffallender Weise aber wird dieses in der den Sententiä des Paulus entlehnten L. 23. D. de legat. III. von der Sprachfähigkeit des Erblassers abhängig gemacht:

Nutu etiam relinquitur fideicommissum, dummodo is nutu relinquat, qui et loqui potest, nisi superveniens morbus ei impedimento sit.

Es scheint doch nur auf die Fähigkeit, seinen Willen verständlich kund zu geben, anzukommen, und wenn nun zu einem Fideicommiß jede formlose Willenserklärung genügend war, so ist nicht einzusehen, warum der nutus eines Stummen unter den gleichen Umständen nicht eben so viel Kraft haben sollte, als der einer der Sprache mächtigen oder nur vorübergehend durch Krankheit derselben beraubten Person. Daher hat man wohl mit gutem Grunde vermuthet, daß in obiger Stelle eine Interpolation vorliege, mit Rücksicht auf Justinian's bekannte Constitution über die Testamentsfähigkeit stummer und taubstummer Personen [4]). Schriftlich konnte ein Fideicommiß in jeder Art schriftlicher Willenserklärung, in bestätigten oder nicht bestätigten Codicillen hinterlassen werden, und wenn es im Testamente enthalten war, so kam es gar nicht darauf an, ob es vor oder nach der Erbeinsetzung darin vorkam [5]); und ganz gleichgültig war es auch, in welcher Sprache das Fideicommiß hin-

3) Ulp. XXV. 3. L. 22. Cod. de fideicomm. VI. 42. Vgl. Schulting ad Ulp. l. c.

4) L. 10. Cod. qui test. fac. VI. 22. So schon Cuiac. ad L. 6. §. 1. D. qui test. fac. XXVIII. 1. in opp. edit. Neapol. vol. I. col. 1043. Vgl. diesen Commentar Bd. 33. S. 366 fg. Pauli sentt. ed. Arndts ad IV. 1. §. 6 a.

5) Gai. II. 269. 270. 273. Ulp. XXV. 8. 11. Paul. IV. 1. §. 10. cf. §. 34. J. de legat. II. 20. Vgl. Anm. 25.

terlassen wurde, was sich alles bei Legaten anders verhielt [6]). Der wichtigste Unterschied aber war der, daß ein Fideicommiß nicht blos, wie das Legat, dem testamentarischen Erben, sondern auch dem gesetzlichen Erben, dem Legatar oder Fideicommissar und deren Erben, überhaupt allen denjenigen auferlegt werden konnte, welche unmittelbar oder mittelbar durch den Willen des Erblassers auf dessen Todesfall etwas erhielten [7]).

Was den Gegenstand des Vermächtnisses betrifft, so stimmte das Fideicommiß mit dem legatum per damnationem überein: Alles, was per damnationem legirt, das konnte auch durch Fideicommiß Jemanden zugewendet werden [8]), namentlich auch der Nachlaß im Ganzen oder eine Quote desselben [9]). Mit dem Damnationslegate war das Fideicommiß auch darin verwandt, daß es zunächst nur eine Forderung des Fideicommissars erzeugte, niemals demselben unmittelbar ein dingliches Recht zuwandte [10]). Aber die Verbindlichkeit aus dem Fideicommiß wurde durchaus nach Billigkeit und ex voluntate defuncti beurtheilt, während die aus dem Damnationslegate stricti juris obligatio war [11]). Bei jenem

6) Gai. II. 281. Ulp. XXV. 9. L. 11. pr. D. de legat. III.

7) Gai. II. 270. 271. 277. Ulp. 8. 10. cf. Gai. II. 260. L. 1. §. 6—10. D. de legat. III.

8) Ulp. XXV. 5. Gai. II. 260—262. Paul. IV. 1. §. 7. 8. Daß außerdem auch die Freilassung eines Sklaven durch Fideicommiß angeordnet werden konnte, kommt hier nicht weiter in Betracht.

9) Gai. II. 247. fg. 260. fg. J. II. 23. u. 24.

10) Paul. IV. 1. §. 18. Jus omne fideicommissi non in vindicatione, sed in petitione consistit.

11) Gai. II. 280. L. 9. §. 1. D. de reb. cred. XII. 1. L. 5. §. 4. L. 6. D. de in lit. jur. XII. 3. L. 108. §. 12. D. de legat. I.

galt nicht, wie bei diesem, der Satz: lis infitiando crescit in duplum, und damit hing es zusammen, daß die Rückforderung eines indebite entrichteten Fideicommisses nicht, wie die eines aus Irrthum gezahlten legatum per damnationem ausgeschlossen war [12]). Die Klage aus dem Fideicommiß war überhaupt nicht Actio im engeren Sinne, sondern nur Petitio, Persecutio, die in Rom bei dem praetor fideicomissarius anzustellen und extraordinaria cognitione zu erledigen war, womit es zusammenhängt, daß in Rom die Verfolgung von Fideicommißansprüchen nicht auf bestimmte Zeiten beschränkt war, während die Klage aus dem Legate nur an den festgesetzten Gerichtstagen angebracht werden konnte [13]). Ob zudem zur Sicherstellung von Fideicommißansprüchen noch eine von der gleichartigen den Legataren zustehenden Rechtshülfe verschiedene missio in possessionem bonorum oder singulae rei gegeben war [14]), muß einer eingehenden Untersuchung an einem anderen Orte dieses Commentars vorbehalten werden [15]). Eine eigenthümliche Entwickelung erhielt das Fideicommiß, das die Erbschaft oder eine Quote derselben zum Gegenstande hatte, so daß es einen entschiedenen Gegensatz gegen ein Legat gleichen Inhaltes (partitio legata) bildete [16]). Außer-

12) Gai. II. 282. 283. IV. 9. 171.

13) Gai. II. 278. 279. Ulp. XXV. 12. cf. L. 178. §. 2. D. de V. S.

14) Marezoll a. a. O. S. 125 fg.; vgl. Felsecker, diss. inaug. de exaequatione legatorum et fideicomiss. Erlangae 1827. pag. 39 sqq.

15) Vgl. Dig. XXXVI. 4. Ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat.

16) Darüber ist auf den Commentar zu dem Titel ad Sc. Trebellianum zu verweisen: Dig. XXXVI. 1.

dem waren Fideicommisse ihrer ursprünglichen Natur nach überhaupt frei von mancherlei Beschränkungen, die für Legate durch Gesetze oder ius civile begründet waren, und ergaben sich daraus noch eine Reihe von Verschiedenheiten zwischen beiden Arten der Vermächtnisse, von denen jedoch die meisten schon zur Zeit der classischen Juristen beseitigt waren. Es konnte nämlich

1) ursprünglich ein Fideicommiß selbst solchen Personen, die nicht testamenti factio hatten, gültig hinterlassen werden, also auch einem Peregrinus; dies wurde aber ausgeschlossen durch einen Senatsbeschluß ex oratione divi Hadriani, wornach solche Fideicommisse dem Fiscus verfallen sollten [17]).

2) Ein Fideicommiß konnte mit voller Wirkung auch solchen Personen hinterlassen werden, die nach gesetzlicher Bestimmung gar nicht oder nur theilweise das ihnen testamentarisch Zugedachte zu erwerben fähig waren (capere poterant), so den Latinis Junianis [18]), den Ehe- und Kinderlosen [19]); in letzter Beziehung aber wurden durch ein Sc. Pegasianum die Fideicommisse den Legaten gleichgestellt. Im Justinianischen Rechte sind ohnehin beide Beschränkungen auch für Legate unpraktisch geworden [20]).

3) Ein Fideicommiß, nicht ein Legat, konnte auch incertae personae, poenae nomine, und post mortem heredis hinterlassen werden; in der ersten Beziehung

17) Gai. II. 285.

18) Gai. II. 275. Ulp. XXV. 7. XVII. 1. cf. Gai. II. 274.

19) Gai. II. 286.

20) L. un. Cod. de Lat. lib. toll. VII. 6. Cod. de infirm. poen. coelibatus. VIII. 58.

aber wurden durch Senatsbeschluß unter Hadrian, in der zweiten durch die Jurisprudenz, die Fideicommisse den Legaten gleichgestellt [21]), im Justinianischen Rechte aber alle drei Beschränkungen sowohl für Legate wie für Fideicommisse beseitigt [22]).

4) Die Beschränkung der Vermächtnisse im Verhältnisse ihres Gesammtbetrages zu dem Gesammtbetrage der Erbschaft durch die lex Falcidia bezog sich ursprünglich nur auf Legate; durch das Sc. Pegasianum und ein Rescript von Divus Pius aber wurde sie auch auf die dem testamentarischen oder gesetzlichen Erben auferlegten Fideicommisse ausgedehnt [23]).

§. 1517. c.

Geschichtliche Entwickelung. — 3) Verschmelzung der Legate und Fideicommisse im Justinianischen Recht.

Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis:

Dieser Satz steht als L. 1. D. de legat. I. an der Spitze der die Lehre von den Vermächtnissen betreffenden Bücher der Pandekten, und zwar der Inschrift gemäß entlehnt aus Ulpian's lib. LXVII. ad Edictum. Daß derselbe so unbedingt und in dem Sinne, in welchem ihm die Compilatoren diesen Platz angewiesen haben, nicht von Ulpian ausgesprochen worden sei, das kann nach §. 1517. b. nicht in Zweifel gezogen werden. Haloander hat darum die Inscription ganz

21) Gai. II. 287. 288. Ulp. XXV. 13.

22) §. 25—28. 35. 36. J. de legat. II. 20. Vgl. den Commentar ad tit. Dig. de his quae poenae nomine relinquuntur. XXXIV. 6.

23) Dig. ad leg. Falcid. XXXV. 2. ad Sc. Treb. XXXVI. 1. cf. J. de fideicommiss. hered. III. 23.

weggelassen, wie Donellus annimmt, weil sie in dessen Handschriften (in exemplaribus Noricis) fehlte, während Ant. Augustinus (emendat. lib. III. a. E.) die Weglassung als willkürlich tadelt. In anderen Handschriften, namentlich in einer Handschrift zu Bourges (in Codice quodam Bituricensi), fand sich der L. 1. cit. die Ueberschrift: „Imperator“ vorgesetzt, die auf Justinian als Urheber jenes Satzes hinweisen würde [24]). Die meisten aber nehmen an, daß die Stelle Ulpian's von den Compilatoren interpolirt worden sei, vermuthlich durch den Zusatz „per omnia,“ wodurch, was jener in bestimmter Beziehung ausgesprochen, verallgemeinert worden [25]). Auch diese beiden Worte wären allenfalls noch als ächte zu retten, indem Ulpian in Beziehung auf vorher erörterte ältere Verschiedenheiten, wie deren Gaius II. 284. fg. aufzählt, geschrieben haben könnte:

24) Duarenus, disputat. annivers. II. cap. 9. (opp. edit. Francof. pag. 1063). Donell. VIII. 2. §. 13. Dasselbe bestätigt Cuiac. observat. VIII. cap. 4, welcher ohne Zweifel mit versteckter Beziehung auf die beiden vorgenannten Gelehrten, die jene Ueberschrift nicht verwerflich finden, bemerkt: Risi legens in hac urbe librum manuscriptum, in quo ei legi propositum erat hoc nomen: Imperator . . . cui errori plausum dedisse quosdam risi vehementius.

25) Vgl. Duaren. l. c. u. ad L. 1. D. de legat. I. Donell. u. Cuiac. l. c. So auch Ramos del Manzano a. a. O. §. XXX., nachdem er vorher in §. XI—XXIX. die Verschiedenheiten zwischen Legaten und Fideicommissen ausführlich auseinandergesetzt hat. Vgl. auch die weitläufige Erörterung ad rubricam et leg. primam ff. de legatis et fideicommissis primo in Jacobi Caimi lucubrationes variae Tom. I. Patavii 1654. pag. 233—324, insbesondere pag. 281—287. Felsecker, de exaequatione legat. et fideicomm. pag. 64.

per omnia *haec* exaequata sunt legata fideicommissis, welcher Satz dann den Verfassern der Digesten ein willkommener Fund war, um durch ihn mit Auslassung eines Wörtchens auszusprechen, was in dieser Allgemeinheit erst durch Justinian's Gesetzgebung bewirkt worden war[26]). Durch diese, aber auch erst durch sie, ist wirklich eine durchgreifende Verschmelzung der Legate und Fideicommisse herbeigeführt worden, die allerdings durch die bisherige Rechtsentwickelung allmälig vorbereitet war.

Schon zur Zeit der classischen Juristen war es nicht ungewöhnlich, wie mit dem Vindicationslegat ein Damnationslegat, so auch mit dem Legate zugleich ein Fideicommiß zu verbinden, um ein und dasselbe Vermächtniß in beiderlei Weise zu sichern, z. B. Quisquis mihi heres erit, damnas esto dare fideique eius committo uti det[27]), oder do lego darique volo[28]), do lego fideique eorum committo uti dent[29]). In solchem Falle nun konnte das Vermächtniß ohne Zweifel als Legat oder als Fideicommiß geltend gemacht werden, wie es dem Bedachten am vortheilhaftesten war,

26) Vgl. Roßhirt I. S. 100. — Anstoß hat es jedoch auch gegeben, daß gesagt wird: exaequata sunt legata fideicommissis, nicht vielmehr umgekehrt: legatis fideicommissa; und hat man auch darin eine Interpolation vermuthet. Galvanus, de usufructu, cap. XIV. Vgl. noch Bynkershoek, obs. VII. 18. in Opp. I. pag. 225 —227.

27) L. 95. D. de legat. III.

28) L. 30. pr. §. 4. D. de adim. legat. XXXIV. 4. L. 31. §. 4. D. de liberat. leg. XXXIV. 3.

29) L. 36. pr. D. de cond. et dem. XXXV. 1. Vgl. oben Anm. 85. 86.

und konnten die Mängel, welche demselben in der einen Eigenschaft anhafteten, dessen Wirksamkeit in der anderen Eigenschaft nicht hindern; und dieser Gebrauch schon konnte nicht verfehlen, eine gewisse Vermischung und Verwechselung der beiden Vermächtnißarten zu befördern. Dazu kam dann, daß eine Constitution von Constantius und dessen Mitkaisern (339. nach Chr.) bestimmte:

> In legatis vel fideicommissis verborum necessaria non sit observantia, ita ut nihil prorsus intersit, quis talem voluntatem verborum casus exceperit aut quis loquendi usus effuderit [30]);

und eine Constitution von Theodosius II. (439. n. Chr.) allgemein gestattete, wie Erbeinsetzungen, so auch Legate sowohl in griechischer wie in lateinischer Sprache anzuordnen [31]). Durch diese Constitution wurde eine bisher noch bestehende Verschiedenheit zwischen Legaten

30) L. 21. Cod. de legat. VI. 37. Diese Constitution ist höchstwahrscheinlich nur ein Stück einer größeren Constitution, zu der auch L. 15. Cod. de testam. VI. 23. und L. 9. Cod. qui admitti. VI. 9. gehörten. Mayer §. 6. Anm. 3. Schirmer, Erbr. §. 8. Anm. 37a. Vgl. diesen Comment. Bd. 40. S. 231. fg.

31) L. 21. §. 4. Cod. de testamentis. VI. 23. Illud etiam huic legi prospeximus inserendum, ut etiam graece omnibus liceat testari. Die Nov. Theodosii, aus welcher die L. 21. cit. geschmiedet ist (Nov. XVI. in Hänel's Ausg. S. 50. fg.) sagt in §. 8: Illud etiam huic legi perspicimus inserendum, ut, quoniam graece iam testari concessum est, legata quoque ac directas libertates, tutores etiam graecis verbis liceat in testamentis relinquere, ut ita vel legata relicta vel libertates directae tutoresve dati videantur, ac si legitimis verbis ea testator dari fieri observarique iussisset. Vgl. diesen Comment. Bd. 34. S. 397.

und Fideicommissen wenn nicht ganz aufgehoben, doch wesentlich gemindert, da die lateinische und die griechische Sprache im Geschäftsleben die herrschenden waren; durch jene war der Gebrauch bestimmter Wortformen oder Ausdrücke, welche den Gegensatz sowohl der verschiedenen Arten der Legate als der Legate und Fideicommisse am bestimmtesten erkennen ließen, allgemein für unnöthig erklärt, und alles Gewicht auf den erkennbaren Willen gelegt. Dies mußte die Folge haben, daß es nun im einzelnen Falle oft schwierig war, zu entscheiden, ob ein Fideicommiß oder ein Legat, und welcher Art, vorliege, wo doch ein wirksames Vermächtniß jedenfalls anerkannt werden mußte. Doch wurden dadurch jene Unterschiede noch keineswegs ganz beseitigt. Es läßt sich wohl auch nicht behaupten, daß dadurch schon die Unterscheidung zwischen der gebietenden und bittweisen Anordnung der Vermächtnisse verdrängt wurde [32]). Wenn sich der Erblasser einer entschieden den einen oder den anderen Charakter an sich tragenden Ausdrucksweise bedient hatte, so wurde das Vermächtniß noch immer als Legat oder als Fideicommiß angesehen, und ebenso war es immerhin noch bedeutend, ob jener sich der charakteristischen Ausdrücke einer oder der anderen Art des Legats bediente [33]). In Rücksicht der äußeren Form aber waren die Fideicommisse den Legaten dadurch mehr gleichgestellt, daß nach Constitutionen von Constantin und Theodosius II. auch sie nicht mehr ganz formlos hinterlassen

32) So behauptet Mayer a. a. O. §. 6. Anm. 8. Puchta, Inst. III. S. 303. fg. Vgl. die Glosse ad L. 21. Cod. cit.

33) Marezoll a. a. O. S. 250. fg. Schirmer Erbr. I. S. 119. fg.

werden konnten, sondern zu ihrer Gültigkeit die Zuziehung von fünf Zeugen erforderlich war [34]).

Eine wirkliche Verschmelzung der Legate und Fideicommisse hat denn endlich, wie er selbst angibt [35]), erst Justinian durchgeführt.

Zu diesem Zwecke erließ er zuerst (529. n. Chr.) die L. 1. Cod. communia de legatis et fideicommissis et de in rem missione tollenda. VI. 43. Sie lautet:

Imp. Justinianus A. Demostheni P. P. Quum hi, qui legatis vel fideicommissis honorati sunt, personalem plerumque actionem habere noscuntur, quis vel vindicationis, vel sinendi modo aliorumque generum legatorum subtilitatem prono animo admittet, quam posteritas optimis rationibus usa nec facile suscepit nec inextricabiles circuitus laudavit? quis in rem missionis scrupulosis utatur ambagibus? Rectius igitur esse censemus, in rem quidem missionem penitus aboleri, omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis [36]) unam naturam imponere et non solum personalem actionem praestare, sed etiam in rem, quatenus eis liceat easdem res vel per quodcunque genus legati vel per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare in rem actione in-

34) L. 1. 7. §. 2. Theod. Cod. de testament. IV. 4. L. 8. §. 3. Just. Cod. de codicill. VI. 36. Vgl. diesen Comment. Bd. 44. S. 365. fg.

35) §. 2. 3. J. de legat. II. 20.

36) Eine Handschrift hat nach Herrmann's annot. ad h. l. „tam legatis quam fideicommissis,“ was allerdings besser paßt, aber eben deshalb vielleicht auf Emendation beruht. Andere Varianten sind unerheblich.

stituenda, et insuper utilem Servianam, id est, hypothecariam, super his, quae fuerint derelicta, in res mortui praestare. Quum enim iam hoc iure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento, quibus voluerit, dare et iterum novellae constitutiones in multis casibus et tacitas hypothecas introduxerunt, non ab re est, etiam nos in praesenti casu hypothecariam donare, quae et nullo verbo praecedente possit ab ipsa lege induci. Si enim testator ideo legata vel fideicommissa dereliquit, ut omnimodo personae ab eo honoratae ea percipiant, apparet, ex eius voluntate etiam praefatas actiones contra res testatoris esse instituendas, ut omnibus modis voluntati eius satisfiat, et praecipue quum talia sint legata vel fideicommissa quae piis actibus sunt deputata. Et haec disponimus non tantum si ab herede fuerit legatum derelictum vel fideicommissum, sed et si a legatario vel fideicommissario vel alia persona, quam gravare fideicommisso possumus, fideicommissum cuidam relinquatur. Quum enim non aliter valeat, nisi aliquid lucri afferat ei, a quo derelictum est, nihil est grave, etiam adversus eum non tantum personalem sed etiam in rem et hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a testatore consecutus est. In omnibus autem huiusmodi casibus in tantum et hypothecaria quemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit, et hypothecam esse non ipsius heredis vel alterius personae, quae gravata est fideicommisso, rerum, sed tantummodo earum, quae a testatore

ad eum pervenerint. ***Dat. XV. Kal. Octob. Chalcedone Decio V. C. cons.***

Die Constitution geht von der Erwägung aus, daß nach dem bisherigen Rechte den Vermächtnißnehmern jeder Art meistentheils eine persönliche Klage zugestanden habe. Dies war zweifelsohne vollkommen richtig, indem einmal auch das reine Vindicationslegat, wo es als solches irgend zu beanstanden war, nach dem Neronianischen Senatsbeschlusse jedenfalls als Damnationslegat geltend gemacht werden konnte, sodann aber auch vermuthlich sehr gewöhnlich war, mit der Formel des ersten zugleich die des anderen oder auch eine Fideicommißformel zu verbinden. Justinian verordnet denn nun auch ausdrücklich, daß fernerhin, ohne Rücksicht auf die Vermächtnißform, jedem Vermächtnißnehmer eine personalis actio zustehen solle. Dagegen erkennt es der Gesetzgeber als einen Mangel des bisherigen Rechts, daß selbst in dem Falle, wenn eine Sache des Erblassers Gegenstand des Vermächtnisses war, nur ausnahmweise und unter besonderen Voraussetzungen, nach den Regeln nämlich, die vom Vindicationslegate galten, dem Vermächtnißnehmer die Möglichkeit gegeben war, sich an die vermachte Sache selbst zu halten und so den Willen des Erblassers sicher zur Geltung zu bringen. Eine in rem missio, die bisher diesem Mangel einigermaßen abzuhelfen diente, schien ihm eine wenig angemessene und zu umständliche Rechtshülfe zur Realisirung jenes Zweckes, und so verordnete er unter Beseitigung derselben, daß in jenem Falle jedem Vermächtnißnehmer auch sofort eine in rem actio zustehen solle, um die ihm vermachte Sache der Erbschaft unmittelbar in Anspruch nehmen zu können. Mit anderen Worten: Justinian verlieh jedem Vermächtnisse, ohne Rücksicht auf die Form seiner Anordnung, die

Wirkung, welche bisher nur dem Vindicationslegat und nach Umständen dem Präceptionslegate zukam, dies jedoch unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß dasselbe seinem Gegenstande nach dazu geeignet war, und dazu war erforderlich, daß es eine zum Nachlasse des Erblassers gehörende Sache betraf, deren Eigenthum oder auch sonst ein dingliches Recht daran dem Bedachten zugewendet werden sollte.

In dieser Beziehung ist jedoch in neuerer Zeit eine wesentlich abweichende Auslegung unseres Gesetzes versucht worden. Marezoll in der oft angeführten Abhandlung S. 290 — 305 sucht ausführlich zu beweisen, daß die in rem actio, welche Justinian in L. 1. Cod. cit. seinen Worten nach allen Vermächtnißnehmern beilege, keineswegs die directa rei vindicatio sei, welche nach altem Rechte aus dem Vindicationslegate sich ergab, indem dasselbe einen unmittelbaren Uebergang des Eigenthums auf den Legatar bewirkte. Sie soll vielmehr nur eine utilis rei vindicatio sein, bestimmt zur Sicherung des Vermächtnißnehmers gegen Dritte bis zur vollen Eigenthumserwerbung, und diese utilis rei vindicatio, als welche nicht schon wirklich erworbenes Eigenthum voraussetze, soll auch in Ansehung der nicht zur Erbschaft, sondern dem onerirten Erben gehörenden Sachen zulässig sein [37]), in welchem letzten Falle Marezoll einen direkten Eigenthumsübergang und daher eine directa rei vindicatio mit Recht für unstatthaft hält, während er diesen bei Sachen des Erblassers unter bestimmten Voraussetzungen auch nach L. 1. Cod. cit. noch als möglich anerkennt. Allein diese Auslegung ist mit aller Entschiedenheit als verfehlt und verwirrend zu

37) Dieser Ansicht ist vollkommen beigetreten Heimbach im Rechtslexikon IV. S. 285.

verwerfen. Es ist schon an sich höchst unwahrscheinlich, daß Justinian anstatt der von ihm beseitigten in rem missio, deren scrupulosae ambages doch wenigstens den damaligen Praktikern bekannt waren, eine neue in rem actio als bloßes Sicherungsmittel bis zum künftigen Eigenthumserwerbe eingeführt habe, ohne auch nur ein Wort über deren Natur und Bedeutung zu sagen. Vielmehr, wenn er ausruft: wer wird noch nach den Subtilitäten der alten Legatsformen, ob vindicationis vel sinendi modo legirt sei, fragen! und dann allen Legataren und Fideicommissaren non solum personalem actionem sed etiam in rem gewährt, so liegt wahrlich nichts näher, als daß er unter der letzten die in rem actio dachte, die nach dem bisherigen Rechte durch das legatum per vindicationem erzeugt wurde, über deren Natur noch etwas zu sagen unnöthig war. Der Gedankengang ist einfach folgender: Bisher stand den mit Legaten oder Fideicommissen Bedachten meistentheils eine personalis actio zu, seltener, nämlich nur in Folge bestimmter Formen des Legats, eine in rem actio; in Zukunft aber soll ohne Unterschied der Form überall die eine und die andere Klage stattfinden. Ohne Unterschied der Form! Das wird besonders betont: es soll gestattet sein, easdem res, vel per quodcunque genus legati vel per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare in rem actione instituenda [38]); wer kann dabei an eine ganz neue in rem actio von nebelhaftem Charakter, wer muß nicht dabei an diejenige in rem actio denken, die nach bisherigem Rechte stattfand, wenn per

38) Vgl. §. 2. J. de legat. II. 20. „et quibuscunque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et per hypothecariam."

certum quoddam genus legati, per vindicationem, res derelictae erant? Allerdings kann nun diese in rem actio nicht, wie das Gesetz wörtlich sagt, „*omnibus* tam legatariis quam fideicommissariis" zustehen; und wenn es Justinian gemeint und gewollt hätte, es wäre doch unmöglich, wo der Gegenstand des Vermächtnisses nicht von solcher Beschaffenheit ist, daß eine Vindication in Ansehung desselben zu denken wäre. Aber das gibt nicht die mindeste Stütze für Marezoll's Erfindung; denn auch die von diesem proponirte utilis in rem actio ist bei sehr vielen Vermächtnissen schlechthin undenkbar und nach des Verfassers eigener Ansicht überhaupt nur in einem Falle anwendbar, in welchem er nicht auch directa rei vindicatio für möglich hält, nämlich in dem Falle, wenn eine Sache des Onerirten vermacht ist. Demnach ist jedenfalls die allgemeine Gewährung der in rem actio stillschweigend durch die Voraussetzung beschränkt, daß nach dem Gegenstande des Vermächtnisses überhaupt eine in rem actio Platz greifen könne[39]; nur die Form oder Art und Weise des Vermächtnisses soll keinen Grund geben, sie auszuschließen. Zudem enthält auch L. 1. Cod. cit. selbst sehr verständliche Andeutungen, daß sie bei ihrer in rem actio nur an res mortui testatoris denkt. Sie gewährt nämlich außer der genannten personalis und in rem actio auch noch die hypothecaria actio, und zwar ausdrücklich in res mortui. Indem sie sodann ihre neue Bestimmung

39) Vielleicht liegt in dem Satze: quatenus eis liceat easdem res etc. eine Andeutung, daß die Anwendbarkeit der in rem actio noch von anderen Umständen, namentlich dem Gegenstande des Vermächtnisses, abhänge, nur durchaus nicht mehr von der Form desselben. Arndts im Rechtslexikon VI. S. 310. Anm. 258.

durch die Rücksicht auf den Willen des Erblassers rechtfertigen will, sagt sie: apparet, ex eius voluntate etiam praefatas actiones *contra res testatoris* esse instituendas: *praefatas actiones* im Pluralis, das muß auf die vorher genannten beiden dinglichen Klagen bezogen werden, auf die hypothecaria und die in rem actio *κατ᾽ ἐξοχήν*; also geht auch die letzte nur contra res testatoris. Und indem sie weiter die Bestimmung rechtfertigen will, daß auch in Betreff des einem Legatar oder Fideikommissar auferlegten Vermächtnisses beide Klagen stattfinden sollen, sagt sie: nihil est grave etiam adversus eum non tantum personalem, sed etiam in rem et hypothecariam extendere actionem *in rebus, quas a testatore consecutus est,* beschränkt also auch hier die in rem actio wie die hypothecaria actio auf Sachen, die vom Erblasser herrühren. Zwar meint Marezoll a. a. O., S. 301. Anm. 4., es werde hoffentlich Niemand einfallen, in jenen Worten so etwas zu finden, da dieselben sich nicht auf den Gegenstand des Vermächtnisses beziehen, sondern auf den Inbegriff der Erbschaftssachen, worauf sich die gesetzliche Hypothek erstrecken solle, wie dies der Schlußsatz der Constitution so deutlich als möglich ergebe. Dies ist aber gleichwohl schon Mehreren eingefallen und zwar mit vollem Rechte. Gerade der Umstand, daß der Schlußsatz noch einmal bezüglich der hypothecaria actio ausdrücklich hervorhebt [40]), daß sie sich nur auf die Sachen des Erblassers, nicht auf die des Erben, beziehe, macht es vollends unzulässig, in den vorhergehenden Sätzen die fragliche Beschränkung nicht auch von der in rem actio

40) Dies geschieht vielleicht mit Rücksicht auf die sog. Antoniniana missio, welche auch die eigenen Güter des Onerirten ergriff. Arndts, Pand. §. 559.

zu verstehen, wie es deren Fassung klar ausspricht; die in rem actio aber kann sich nur auf den Gegenstand des Vermächtnisses beziehen; also ist dabei als solcher nur eine Sache der Erbschaft gedacht [41]).

Marezoll und ihm folgend Heimbach a. a. O. glauben freilich noch durch spätere Constitutionen Justinian's den Beweis erbracht zu haben, daß die in L. 1. Cod. cit. gewährte in rem actio nicht die directa rei vindicatio sein könne. Sie berufen sich vor Allem auf L. 3. §. 2. Cod. eod. vom Jahre 531., wodurch Justinian die Veräußerung vermachter Sachen verboten habe. Daraus gehe hervor, daß er bei der Gestattung jener in rem actio unmöglich die Absicht haben konnte, dadurch ohneweiters, im Gefolge eines unmittelbaren Eigenthumsüberganges, wie bei dem alten Vindicationslegat, das Eigenthum der vermachten Sachen auf alle Vermächtnißnehmer zu übertragen, ohne daß es künftig noch der Tradition dazu bedürfte; denn sonst hätte es sich ja ganz von selbst verstanden, daß der onerirte Erbe, welcher nicht mehr Eigenthum hatte, auch nicht wirksam veräußern könne, und des erst beiläufig zwei Jahre nach der L. 1. Cod. h. t. erlassenen Veräußerungsverbotes würde es gar nicht bedurft haben. Allein man braucht sich nur den Text der L. 3. §. 2. cit. vor Augen zu stellen und genau zu erwägen, um sich zu überzeugen, daß dieses Argument völlig unzutreffend ist, ja daß der angeführte Ausspruch Justinian's vielmehr die oben gegebene Auslegung der L. 1. Cod. h. t. bestätigt und die von Marezoll ihr gegebene Deutung widerlegt. Justinian sagt nämlich:

41) Vgl. Arndts im Rechtslexikon VI. S. 310. fg. Anm. 259. Vangerow, Pand. §. 531. (7. Aufl. II. S. 459.). Mayer a. a. O. §. 7. Anm. 4—9.

Sed quia nostra maiestas per multos casus legatariis et fideicommissariis prospexit actionesque tam personales quam in rem et hypothecarias dedimus, et in rem missionis tenebrosissimus error abolitus est, et ad hanc legem pervenimus. Nemo itaque ea, quae per legatum vel pure vel sub certo die relicta sunt, vel quae restitui aliis disposita sunt, vel substitutioni supposita, secundum veterem dispositionem putet esse in posterum alienanda vel pignoris vel hypothecae titulo assignanda vel mancipia manumittenda, sed sciat, hoc quod alienum est, non licere ei, utpote sui patrimonii existens, alieno iuri applicare, quia satis absurdum est et irrationabile, rem, quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre vel hypothecae pignorisve nomine obligare vel manumittere, et alienam spem decipere.

Aus der Fassung dieser Stelle geht einleuchtend hervor, daß Justinian nicht der Meinung war, dadurch etwas Neues zu bestimmen, eine bis dahin erlaubte Veräußerung vermachter Sachen jetzt erst zu verbieten, sondern vielmehr nur klar aussprechen und jedem Zweifel entheben wollte, was ihm einfach nur Consequenz seiner früheren Constitution (der L. 1. Cod. eod.) schien. Als consequente Folge der dadurch gewährten in rem actio stellt er es hin, daß den Legataren und Fideikommissaren die ihnen vermachten Sachen der Erbschaft nicht durch Veräußerung von Seiten des Erben oder eines anderen Onerirten entzogen werden können; satis absurdum et irrationabile nennt er es, daß jemand einem Anderen solle rechtlich übertragen können, was ihm nicht gehört, „rem, quam in bonis suis pure non possidet“,

„quod alienum est"[42]). Daß es jenem nicht, sondern dem Legatar oder Fideicommissar gehöre, hält der Gesetzgeber für entschieden durch sein früheres Gesetz, durch welches er jedem Vermächtniß einer Sache der Erbschaft die Wirkung des Vindicationslegats beigelegt hatte; und wie bei diesem fest stand, daß eine Veräußerung von Seiten des Erben nicht zu Recht bestehe, so wird es nun consequent bei allen jenen Vermächtnissen anerkannt. Vor der L. 1. Cod. h. t. erzeugte das Damnationslegat und das Fideicommiß, auch wenn es eine eigene Sache des Erblassers zum Gegenstande hatte, nur eine persönliche Verpflichtung der Onerirten; nach damaligem Rechte konnte also dieser die Sache, wenn es auch unrechtlich war, immerhin noch veräußern, wie der Verkäufer die noch nicht übergebene Sache immer noch einem Dritten wirksam übertragen kann; er hatte dann nur, mit der persönlichen Klage auf Erfüllung belangt, Ersatz zu leisten. Das war ohne Zweifel in vielen Stellen der juristischen Schriften zu lesen. Nun mochte es wohl vorgekommen sein, daß Jemand auch nach L. 1. Cod. cit.

42) Eine eigene Bewandtniß hat es allerdings mit dem Legat einer Sache der Erbschaft ex die certo, insofern daran post aditam hereditatem ante diem dem Erben das Eigenthum beigelegt wird; insofern passen darauf die obigen Ausdrücke nicht ganz genau; aber jenes Eigenthum hat der Erbe doch nur als ein solches, welches die veniente von selbst ihm abgeht, und nur als solches könnte er es veräußern; insofern kann es schon jetzt als alienum bezeichnet werden, da es bereits gewiß ist, daß es künftig dem Legatar oder dessen Erben zufalle. Bei dem bedingten Legat, worauf sich L. 3. §. 3. cit. bezieht, ist dies pendente conditione noch ungewiß. Vgl. Arndts, Pand. §. 560. Anm. 2. 3. Mayer a. a. O. §. 9. und unten §. 1528.

noch, die Consequenzen ihrer allgemeinen Bestimmung nicht durchschauend, glaubte, die Veräußerung sei nicht ausgeschlossen. Dem tritt Justinian in L 3. §. 2. cit. entgegen mit den Worten: Nemo . . . secundum veterem dispositionem putet esse in posterum alienanda etc.; jedermann, fährt er fort, soll wissen, daß es ihm nicht zustehe, quod alienum est, utpote sui patrimonii existens, einem Andern zuzuwenden und dem Bedachten zu entfremden. Kaum begreiflich ist es, wie Marezoll S. 292. die Worte „secundum veterem dispositionem" übersetzen mag mit „wie das bisher (nämlich bis zur Erlassung der L. 3. Cod. cit.) gestattet gewesen", wie er sagen kann: „jene vetus dispositio ist unzweifelhaft das Digestenrecht, welches bekanntlich dem Erben die Veräußerung noch erlaubt." Wie kann eine Constitution vom 1. Sept. 531. bei jenem Ausdrucke an das Digestenrecht gedacht haben, das erst am 16. Dec. 533 publicirt worden ist? Unter der vetus dispositio ist vielmehr das alte Recht der Legate und Fideicommisse verstanden, wie es vor der durch L. 1. Cod. h. t. bewirkten Beseitigung der alten Unterschiede bestanden hatte, dessen betreffende Bestimmung nun aber schon seit zwei Jahren eine antiquirte vetus dispositio geworden war. Zudem ist es nicht wahr, daß das Digestenrecht dem Erben die Veräußerung noch erlaubte, und wenn es wahr wäre, so könnte die Aufnahme solcher Stellen nur aus Versehen geschehen sein, indem sie im Widerspruche mit einer mehr als zwei Jahre älteren Constitution stehen würden. Alle Stellen, welche Marezoll zum Beweise dafür anführt[43]), betreffen das Universal-

43) L. 3. §. 3. L. 19. §. 2. L. 22. §. 3. 4. L. 54. 58. §. 7. 8. L. 70. §. 1. D. ad Sc. Trebell. XXXVI. 1. L. 70. §. 3. L. 71. 72. D. de legat. II.

fideicommiß, bei welchem in Rücksicht der Veräußerung und des Eigenthumsüberganges der zu der Erbschaft, deren Restitution es anordnet, gehörenden Sachen zum Theil eigenthümliche Grundsätze gelten, unter Umständen sogar der Onerirte wegen Unterlassung der Veräußerung verantwortlich werden kann [44]), und mehrere derselben betreffen insbesondere das fideicommissum eius quod supererit, nach dessen eigenthümlicher Natur die Veräußerung ungeachtet der L. 3. §. 2. cit. rechtlich gestattet ist, wofern sie nur nicht in eversionem fideicommissi geschieht [45]).

Die L. 3. §. 2. cit. widerlegt also nicht, sondern bestätigt die oben gegebene Auslegung der L. 1. Cod. cit. Namentlich wird durch sie die Behauptung bestätigt, daß die durch die letzte Stelle eingeführte in rem actio nur auf Sachen des Erblassers Bezug habe. Zwar ist Marezoll S. 304. kühn genug, wie die in rem actio der L. 1., so auch das Veräußerungsverbot der L. 3. §. 2. cit. selbst auf Sachen des Erben, sogar auf solche, die der Erbe erst hinterher angeschafft hat, zu beziehen. Aber das ist dem Texte der letzten Stelle gegenüber wahrhaft eine vermessene Kühnheit. Es ist kaum denkbar, daß man in Beziehung auf Sachen, die nicht des Erblassers waren, sich so ausgedrückt hätte, wie oben hervorgehoben wurde. Ein Veräußerungsverbot in dieser Ausdehnung, obendrein nach §. 3. durch Ausschließung der ordentlichen Ersitzung verstärkt, wäre etwas ganz Neues und Ungewöhnliches: wie hätte Justinian es satis absurdum et irrationabile nennen mögen, dasselbe nicht anzuerkennen? wie hätte er die eigene Sache des

44) L. 22. §. 3. cit.

45) L. 54. 58. §. 7. 8. L. 70. §. 3. L. 71. 72. citt. Vgl. Dernburg, Pfandrecht I. S. 328. fg.

Erben als alienum, als res, quam in suis bonis pure non possidet, bezeichnen mögen? Da nun aber L. 3. §. 2. cit. die Unzulässigkeit der Veräußerung der vermachten Sachen daraus folgert, daß die L. 1. cit. in Ansehung derselben in rem actio verliehen habe, so folgt daraus, daß diese in rem actio in Ansehung vermachter Sachen des Erben nicht gegeben war.

So wenig wie L. 3. §. 2. cit. gibt eine andere spätere Constitution, die Marezoll als entscheidend anführt, einen Beweis für dessen Auslegung der L. 1. Cod. h. t. In L. 8. Cod. ad Sc. Trebell. VI. 49. vom Jahr 532. wirft Justinian die Frage auf, wie es zu halten sei, wenn dem Erben auferlegt worden, Einem die Erbschaft zu restituiren, zugleich aber einem Anderen ein Singularfideicommiß hinterlassen ist? ob hier das letzte vom Erben zu fordern sei, dieser also bei der Restitution der Erbschaft dasselbe zurückzuhalten habe? oder ob der Erbe die ganze Erbschaft an den Universalfideicommissar zu restituiren und dieser alsdann das Singularfideicommiß zu entrichten habe. Justinian entscheidet sich für das letzte. Hieraus nun, behauptet Marezoll S. 293., gehe hervor, daß das Eigenthum der vermachten Einzelsache nicht, wie es doch nach unserer Erklärung der L. 1. Cod. h. t. der Fall sein müßte, unmittelbar auf den Singularfideicommissar übergehe, daß vielmehr derselbe nur durch Tradition dazu gelange. Allein dies geht keineswegs daraus hervor. Die Stelle deutet mit keinem Wort an, daß hier das Eigenthum dem Fideicommissar nicht ohne Tradition erworben werde. Sie hat gar nicht die in rem actio im Auge, weder die directa rei vindicatio noch eine utilis in rem actio in Marezoll's Sinn, die ja beide gegen den Besitzer der Sache als solchen sich richten würden, son-

dern nur die personalis actio ex testamento, und die Frage, die sie beantwortet, ist die, ob in dem angegebenen Falle, da doch das Singularfideicommiß eben auch dem Erben auferlegt sei, gegen diesen die Forderung stattfinde, in welchem Falle er verantwortlich werden könnte, wenn er bei der Restitution der Erbschaft den Gegenstand des Singularvermächtnisses nicht zurückbehalten hätte? Diese Frage beantwortet sie verneinend, indem der Fall so beurtheilt wird, als ob das Singularfideicommiß auf das Universalfideicommiß gelegt sei, also dem Universalfideicommissar die Entrichtung des ersten obliege [46]).

Vollends unbedeutend endlich ist, was Marezoll S. 302. fg. noch zur Unterstützung seiner Ansicht anführt, indem er eine Willkürlichkeit und Inconsequenz darin erkennt, wenn man allgemein die actio hypothecaria aus der gesetzlichen Hypothek, die Justinian in demselben Satze und in Verbindung mit der in rem actio allen Vermächtnißnehmern verliehen habe, letzteren zuspricht, es mag eine eigene Sache des Testators vermacht sein oder eine dem onerirten Erben gehörige, während man die in rem actio so beschränke. Gerade aus der Art, wie Justinian beide dingliche Klagen neben einander nenne, meint er, gehe bestimmt hervor, daß die eine eintreten sollte, wo die andere stattfinde und keine auf das Vermächtniß einer dem Erblasser selbst gehörigen Sache beschränkt sein solle. Wenn allen Vermächtnißnehmern eine personalis actio gegeben ist, so erregt es gar kein Bedenken, daß allen auch kraft gesetzlichen Pfandrechts eine Pfandklage beigelegt wird, da mit jedem Forderungsrecht ein Pfandrecht verbunden sein kann. Eine

46) Vgl. Arndts im Rechtslexikon VI. S. 310. Anm. 257. S. 326. Anm. 376.

in rem actio anderer Art kann aber nicht an jedes Vermächtniß geknüpft werden; es ist juristisch unmöglich bei einer großen Reihe von Vermächtnissen; und das erkennt Marezoll selbst an; er setzt sich also mit sich selbst in Widerspruch, wenn er den Satz aufstellt, daß die in rem actio (überall) eintreten sollte, wo die hypothecaria actio stattfindet, und Er vielmehr ist es, der sich einer Willkürlichkeit schuldig macht, indem er von den beiden neben einander genannten dinglichen Klagen gegen den Wortlaut des Gesetzes die eine nur in Beziehung auf Sachen des Erblassers, die andere auch in Beziehung auf Sachen des Erben für anwendbar hält.

Nach allem diesen darf man die Ausführung Marezoll's über die Bedeutung der in L. 1. Cod. h. t. gewährten in rem actio, die in die Lehre von den Vermächtnissen nicht Licht und Harmonie, sondern Dunkel und Verwirrung bringt, mit vollkommener Beruhigung und Sicherheit als verfehlt und unrichtig abweisen, und vielleicht hat der Verfasser selbst sie aufgegeben, da er sie an einem Orte, wo er wohl Veranlassung dazu gehabt hätte, zwar nicht ausdrücklich preisgibt, aber doch auch nicht geltend macht, vielmehr stillschweigend zu verläugnen scheint [47]).

Wir halten also als sicheres Ergebniß der Untersuchung fest: Durch L. 1. Cod. h. t. wurde mit jedem Vermächtniß, ohne Unterschied der Form, eine personalis actio, und, sofern dieses nach seinem Gegenstande dazu sich eignete, eine in rem actio verbunden; jedem wurde die gleiche Wirkung beigelegt, als wenn nach altem Rechte der Testator gesagt hätte: „do lego heresque damnas esto dare fideique eius committo." Aber das-

47) Lehrbuch der Institutionen des Röm. Rechts §. 223.

selbe Gesetz verlieh außer jenen beiden Klagen allen Vermächtnißnehmern auch, wie schon beiläufig erwähnt, eine hypothecaria actio in Ansehung aller den Onerirten zugekommenen Sachen der Erbschaft. Ob durch Legat auch ein Pfandrecht unmittelbar verliehen werden könne, das war nach älterem Rechte nicht außer Zweifel; es war aber schon vor Justinian entschieden angenommen [48]). Darauf nimmt L. 1. Cod. cit. Bezug und rechtfertigt die neue Bestimmung, wornach auch ohne ausdrückliche Anordnung den Vermächtnißnehmern ein Pfandrecht an den Erbschaftssachen zustehen soll, durch die Erwägung, daß dies dem Willen des Erblassers ganz entspreche, als welcher jenen das Vermächtniß mit Erfolg zuzuwenden beabsichtige. Daß aber zu deren Sicherung so verschiedene Rechtsmittel geboten werden, dafür finden wir im Justinianischen Rechte auch bezüglich des Dotalverhältnisses eine Analogie [49]). Bewogen fand sich Justinian dazu, ut omnibus modis voluntati testatoris satisfiat, wie er selbst andeutet, vorzüglich durch die Rücksicht auf diejenigen legata und fideicommissa, quae piis actibus sunt deputata, aber er erließ die neuen Bestimmungen allgemein für alle Legate und Fideicommisse.

Ob nun dadurch schon eine vollständige Verschmelzung der Legate und Fideicommisse bewirkt worden sei, das ist eine streitige Frage. Justinian sagt allerdings in L. 1. Cod. h. t. „Rectius esse censemus . . . omnibus tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere.“ Aber in §. 2. J. de legat. II. 20. sagt er mit Beziehung darauf: nostra autem

48) Dernburg, Pfandrecht I. §. 33. 34.

49) L. 30. Cod. de iure dot. VI. 12.

constitutio . . . disposuit, ut omnibus legatis una sit natura, ohne die Fideicommisse zu nennen, und erwähnt dann erst in §. 3. ibid. der Gleichstellung der Legate und Fideicommisse, mit der einleitenden Bemerkung: sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Darnach glauben nun Einige, daß durch L. 1. Cod. h. t. diese Gleichstellung noch nicht bewirkt worden sei [50]), während Andere, an jenen Ausspruch derselben sich haltend, schon dieser dieses Resultat zuschreiben [51]). Mir scheint das Richtige, daß Justinian allerdings schon bei L. 1. Cod. cit. die Vorstellung vorschwebte, daß nun in Zukunft auch der Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen verwischt sei, aber ohne daß er die Consequenzen seines Ausspruchs und die Realisirung desselben im Einzelnen klar durchdacht hatte; mir scheint, daß allerdings durch L. 1. Cod. cit. der Praktiker schon berechtigt war, bisherige Verschiedenheiten zwischen beiden Arten der Vermächtnisse für beseitigt zu halten, aber ohne daß ihm ein Anhaltspunkt geboten war, um in allen Einzelfragen, die sich in dieser Beziehung ergeben konnten, zu einer sicheren Entscheidung, was nun Rechtens sei, zu gelangen. Darum war Justinian fast genöthigt, eine zweite Constitution zu erlassen, die diesen Schwierigkeiten der Interpretation begegnete und zugleich den Verfassern der Pandekten bei ihrer Arbeit zur Richtschnur diente, und diese ist diese ist die L. 2. Cod. eodem titulo:

Justinianus A. Juliano p. p. — Omne verbum significans testatoris legitimum sensum legare vel fideicommittere volentis utile atque

50) Marezoll a. a. O. S. 255. fg. Mayer a. a. O. §. 8. Roßhirt I. §. 7. 8.

51) Schirmer a. a. O. S. 122. fg. Anm. 46.

validum est, sive directis verbis, quale est *iubeo* forte, sive precariis utetur testator, quale est *rogo*, *volo*, *mando*, *fideicommitto*, sive iuramentum interposuerit, quum et hoc nobis audientibus ventilatum est, testatore quidem dicente ἐνορκῶ, partibus autem huiusmodi verbum huc atque illuc lacerantibus. Sit igitur secundum quod diximus ex omni parte verborum non inefficax voluntas secundum verba legantis vel fideicommittentis, et omnia quae naturaliter insunt legatis, ea et fideicommissis inhaerere intelligantur, et e contrario quidquid fideicommittitur intelligatur esse legatum, et si quid tale est quod non habet natura legatorum [52]), hoc ei ex fideicommissis accomodetur, et sit omnibus perfectus eventus, et ex omnibus nascantur in rem actiones, ex omnibus hypothecariae, ex omnibus personales. Ubi autem aliquid contrarium in legatis et fideicommissis eveniet, hoc fideicommisso, quasi humaniori aggregetur et secundum eius dirimatur naturam. Et nemo moriens putet suam legitimam voluntatem reprobari, sed nostro semper utetur adiutorio, et quemadmodum viventibus providimus, ita et morientibus prospiciatur, et si specialiter legati tantum faciat mentionem, hoc et legatum et fideicommissum intelligatur, et si fidei heredis vel legatarii aliquid committatur, hoc et legatum esse videatur. Nos enim non verbis, sed ipsis rebus leges imponimus. — Dat. X. Kal. Mart. Con-

52) So liest Herrmann in seiner Ausgabe des Codex mit Berufung auf zwei Leipziger Handschriften; die gewöhnliche Lesart ist *naturam*.

stantinop. post consulatum Lampadii et Orestis (d. i. am 20. Febr. 531.).

In den Institutionen wird der Inhalt dieser Constitution, jedoch ohne genau zu unterscheiden, was schon durch L. 1. Cod. h. t. in dieser Richtung bestimmt war, in §. 3. J. l. c. nach der oben angeführten einleitenden Bemerkung folgendermaßen referirt:

> Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricta concludentem, fideicommissis autem, quae ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem: necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exaequare, ut nulla sit inter ea differentia, sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum, et si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissi natura.

Hiernach ist nun im Justinianischen Rechte entschieden und unzweifelhaft eine vollständige Verschmelzung beider Arten der Vermächtnisse eingetreten und wirklich wahr geworden, was L. 1. D. de legat. I. mit angeblichen Worten eines drei Jahrhunderte früher verstorbenen Juristen ausspricht:

> Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis [53]).

53) Daß sich dies nicht auch auf testamentarische und fideicommissarische Freilassungen bezog, braucht kaum bemerkt zu werden. Die libertas testamento directo data wurde gar nicht unter den Begriff des Legats gestellt, so wenig wie die testamentarische tutoris datio, obwohl beide und die fideicommissarische Freilassung gelegentlich in der Lehre von Legaten und Fideicommissen berührt werden. Gai. II. 230. 231. 233. 234. 236. 237. 239. 240. 263—267. 272. 280. vgl. §. 4. J. de legat. II. 20. §. 2. J. de sing. reb. II. 24. — Die nicht unstreitige Frage, ob und in

Es soll überall nichts mehr darauf ankommen, ob das Vermächtniß in der einen oder anderen Weise angeordnet, ob es vom Erblasser selbst als Legat oder als Fideicommiß bezeichnet ist; ein jedes Vermächtniß soll zugleich Legat und Fideicommiß sein und so der Vortheile theilhaftig, welche nach älterem Rechte dem einen oder anderen eigenthümlich waren. Insofern aber in irgend einer Beziehung zwischen den Grundsätzen, die von Legaten und die von Fideicommissen galten, ein unvereinbarer Gegensatz sich ergibt, soll den freieren billigeren Grundsätzen über Fideicommisse der Vorzug gegeben werden: hoc fideicommisso quasi *humaniori* aggregetur et secundum eius dirimatur naturam.

Hieraus ergibt sich nun, daß auch die Klagen, die den Vermächtnißnehmern allgemein auch in L. 2. Cod. h. t. wiederholt beigelegt werden, die personales wie die in rem actiones, bei allen Vermächtnissen dieselbe Natur haben, unter den gleichen Voraussetzungen und mit den gleichen Wirkungen stattfinden müssen. Ueber die Natur der ersten sprechen sich die beiden Constitutionen nicht näher aus. Die personalis actio aus dem Legat und die aus dem Fideicommiß aber waren nach älterem Rechte wesentlich verschieden, jene eine actio im eigentlichen Sinne, und zwar eine stricti iuris actio, diese eine (extraordinaria) persecutio von freierem Charakter. Der rein prozessualische Unterschied zwischen diesen Klagen hatte nun wohl ohnehin nichts mehr zu bedeuten; aber daß bei der letzten die richterliche Bestimmung der Leistungen des Beklagten eine freiere war,

wiefern die Gleichstellung auch auf Universalfideicommisse sich erstrecke, wird zweckmäßig der Erläuterung des betreffenden Digestentitels (ad Sc. Trebell. XXXVI. 1.) vorbehalten.

daß sie namentlich auch auf Früchte und Zinsen Rücksicht zu nehmen hatte, was bei der Klage aus dem Damnationslegat, wenigstens wo es auf ein Certum gerichtet war, nicht der Fall war [54]), das war von materieller Wichtigkeit. Hier ist nun nicht zu bezweifeln, daß nach L. 2. Cod. h. t. das Recht des Fideicommisses als das günstigere maßgebend sein mußte, und so nennt auch eine spätere Constitution Justinian's die fideicommissi petitio als das Rechtsmittel, welches er neben der in rem actio allgemein den Legaten gewährt habe [55]). Dagegen war es ein besonderer Vortheil des Damnationslegats, daß dabei in gewissen Fällen die Regel galt: lis infitiando crescit in duplum, die bei Fideicommissen überall ausgeschlossen war [56]). Hier könnte man nun nach §. 3. J. cit. sagen, das sei ein amplius in legato, und sei darauf der Satz „per hoc crescat fideicommissi natura" anzuwenden; es müsse also auch nach L. 2. Cod. h. t., nach welcher jedes Vermächtniß ein Legat sein soll, noch dem Legatar freistehen, in jenem Falle eine condictio certi mit der angegebenen Wirkung anzustellen. Allein in dieser Beziehung hat Justinian anders entschieden. Er hatte nämlich schon im Jahre 530. eine Constitution erlassen [57]), worin er mit dem Vermächtnisse ad pias causas die besondere Wirkung verband, daß die Verbindlichkeit des damit Beschwerten auf den doppelten Betrag sich steigern solle,

54) Gai. II. 280. cf. Pauli sentt. III. 8. §. 4.

55) Nov. 108. cap. 2. Vgl. Marezoll a. a. O. S. 100. 118. 275. fg. Mayer a. a. O. §. 7. Anm. 10—14.

56) Vgl. oben Anm. 54. 112.

57) L. 46. §. 7. Cod. de episcop. et cler. I. 3., eine lex restituta. Vgl. Witte leges restitutae. S. 109. Biener in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. VII. S. 259.

wenn derselbe es zur Klage auf Erfüllung kommen lasse. In den Institutionen aber erklärt Justinian, daß er durch seine Constitution das Augmentum, welches nach älterem Rechte bei dem Damnationslegat in Folge der Abläugnung eintrat, nur auf Vermächtnisse zu frommem Zwecke eingeschränkt, diesen aber allen ohne Unterschied beigelegt habe, womit in Verbindung steht, daß nun auch nur bei solchen Vermächtnissen die condictio indebiti im Falle irrthümlicher Zahlung ausgeschlossen ist [58]). Nach der Art, wie die Institutionen, mit offenbarer Beziehung auf L. 1. u. 2. Cod. h. t. davon sprechen, möchte man glauben, daß nach der Ansicht des Gesetzgebers wirklich schon durch L. 1. Cod. h. t. jene Besonderheit des Damnationslegats auf alle Legate und Fideicommisse erstreckt, dann aber einerseits nur auf Vermächtnisse ad pias causas eingeschränkt, andererseits allen solchen Vermächtnissen beigelegt worden sei. Allein dann müßte man annehmen, daß eine hierauf bezügliche Constitution verloren gegangen oder die L. 46. Cod. de episcop. et cler. uns nur unvollständig erhalten oder bei der Aufnahme der L. 1. oder 2. Cod. h. t. etwas ausgelassen worden sei. Die L. 46. cit., so wie sie uns

58) §. 7. J. de obl. quasi ex contr. II. 27. Quod veteres quidem in his legatis locum habere voluerunt, quae certa constituta per damnationem cuicumque fuerant legata; nostra autem constitutio, cum unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indulsit, huiusmodi augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi voluit, sed tantummodo in his legatis et fideicommissis, quae sacrosanctis ecclesiis ceterisque venerabilibus locis, quae religionis vel pietatis intuitu honorificantur, derelicta sunt, quae si indebita solvantur, non revocantur. cf. §. 19. 23. 26. J. de action. IV. 4. — §. 1. J. de poena tem. litig. IV. 16.

vorliegt, hat den alten Rechtssatz des Damnationslegats nicht aufgehoben; das Privilegium, welches sie allen Vermächtnissen ad pias causas beilegt, ist ein von jenem wesentlich abweichendes, indem es mehr gewährt als die Litiscrescenz in Folge der Abläugnung, und schließt die Fortdauer der letzten bei anderen Vermächtnissen nicht aus, hat auch nichts damit zu schaffen, daß omnibus legatis et fideicommissis una natura verliehen worden ist. Lägen nicht die betreffenden Aussprüche der Institutionen vor und hätte nur eine einzige Stelle, welche jene Eigenthümlichkeit des Damnationslegats eines Certum anerkennt, irgendwo in den Justinianischen Rechtsbüchern Aufnahme gefunden, so müßte meines Erachtens nach L. 2. Cod. h. t. unbedingt behauptet werden, daß diese nunmehr bei allen Vermächtnissen gleichen Inhalts, ohne Unterschied der Form, gelte. Und ebenso mußte meines Erachtens auch in der Zwischenzeit von dem Erscheinen der L. 2. Cod. h. t. bis zur Publikation der Pandekten und Institutionen erkannt werden, wenn nicht eine uns unbekannte gesetzliche Bestimmung inmitten lag [59]). Wie dem aber auch sei:

59) Anderer Meinung jedoch sind unter anderen Rudorff in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. XIV. S. 415. fg. Marezoll a. a. O. S. 276. fg., insbesondere S. 278. Anm. 2. Bei dem letzten findet sich übrigens eine sonderbare Verwirrung in Ansehung des chronologischen Verhältnisses zwischen L. 1. und 2. Cod. h. t. und L. 46. Cod. cit. — S. 276. ist die letzte „nur ein Jahr älter, als unsere c. 1. Cod. 6. 43.," S. 277. aber „jünger und späteren Ursprungs als die c. 1. Cod. 6. 43.," und S. 278. heißt es, die Litiscrescenz bei dem Damnationslegat auf ein Certum sei durch c. 2. Cod. h. t. beseitigt worden, weil jetzt die fideicommissi petitio die herrschende Klage geworden, allein die c. 46. §. 7. Cod. 1. 3. „(welche

schon das bloße Stillschweigen der Rechtsbücher darüber würde den fraglichen Fall der Litiscrescenz beseitigt haben und die Institutionen sprechen es ausdrücklich aus, daß der Gesetzgeber dessen Fortdauer, abgesehen von der neuen Bestimmung in Betreff der Vermächtnisse ad pias causas, nicht wollte. Er hat es in dieser Beziehung vorgezogen, obgleich ein contrarium eigentlich nicht vorliegt, sich an den Satz zu halten: hoc fideicommisso quasi humaniori aggregetur, nicht an den Satz: et omnia quae naturaliter insunt legatis, ea et fideicommissis inhaerere intelligantur et e contrario quidquid fideicommittitur hoc intelligatur esse legatum, oder nach dem Ausdrucke des §. 3. J. h. t.: si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissi natura. Und damit ist denn vollends ausgemacht, daß die personalis actio der L. 1. und 2. Cod. h. t. durchaus die Natur der fideicommissi persecutio habe.

Uebrigens sind die besprochenen Constitutionen Justinian's nur Dispositivgesetze, die vor Allem den

etwa sechs Monate jünger ist)" habe etwas Aehnliches wieder eingeführt zu Gunsten der piae causae, das aber nicht blos bei Legaten sondern auch bei Fideicommissen, weil jetzt schon (nach Marezoll's Meinung erst durch L. 2. Cod. h. t.) beide Arten von Vermächtnissen verschmolzen waren. Das soll der Gedankengang in §. 7. J. cit. sein. Das richtige chronologische Verhältniß der drei Constitutionen ist dieses: a) L. 1. Cod. h. t. ist erlassen XV. Kal. Octob. Decio cons., d. i. 17. Sept. 529. b) L. 46. Cod. cit. XV. Kal. Nov. Lampadio et Oreste Conss., d. i. 18. Oct. 530. c) L. 2. Cod. h. t. X. Kal. Mart. post cons. Lampadii et Orestis, d. . 20. Febr. 531. Die L. 46. ist also nicht etwa sechs Monate jünger als L. 2., sondern diese vier Monate jünger als jene.

Willen des Erblassers im Auge haben und diesen in sicherster Weise zu verwirklichen bedacht sind. Es leidet keinen Zweifel, daß die Anwendung ihrer Bestimmungen im einzelnen Falle durch den erklärten Willen des Erblassers ausgeschlossen werden kann, daß er z. B. dem Legatar die Pfandklage versagen, denselben ausschließlich nur auf die Vindication oder nur auf die persönliche Klage beschränken kann, und selbst die Möglichkeit ist ihm nicht benommen, dem Vermächtnisse ausschließlich nur den Charakter und die Wirkung der einen oder anderen Art der Vermächtnisse, wie sie im älteren Recht unterschieden wurden, beizulegen. Nur ist der Gebrauch allein der eigenthümlichen Formen derselben überall von keiner Bedeutung mehr und nicht genügend, einen von der Regel abweichenden Willen des Erblassers anzuerkennen [60]).

§. 1517. d.

Begriff und Arten der Vermächtnisse nach heutigem Recht. Terminologie.

Die deutsche Sprache bietet in dem Worte **Vermächtniß** einen ganz geeigneten Ausdruck dar, um einen Begriff zu bezeichnen, welcher Legate und Fideicommisse, so lange noch die manchfaltigen Verschiedenheiten zwischen beiden bestanden, als Arten in sich befaßte. Nach vollendeter Verschmelzung der Legate und Fideicommisse ist es nunmehr zunächst nur dieser eine Begriff, welcher in Betracht kommt. Derselbe baut sich aus folgenden Merkmalen zusammen:

1) Das Vermächtniß ist, wie die Erbeinsetzung, eine einseitige letztwillige Verfügung, welche als solche wesent-

60) Vgl. Mayer a. a. O. §. 8. Anm. 12—14.

lich erst nach dem Tode des Urhebers ihre Wirksamkeit entfalten kann. Dadurch unterscheidet sich das Vermächtniß von der Schenkung, donatio, im eigentlichen Sinne, als welche ein Rechtsgeschäft zwischen dem Schenker und dem Beschenkten ist. Es ist aber nicht nothwendig eine testamentarische Verfügung; es kann nicht nur neben einem Testament in einer gesonderten Willenserklärung, sondern auch ohne Testament, wozu nach dem römischen Begriff des Testaments wesentlich eine Erbeinsetzung gehört, angeordnet werden. Als letztwillige Verfügung ist das Vermächtniß nach römischem Rechte auch schlechthin widerruflich, worauf sich ein besonderer Pandektentitel, de adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis XXXIV. 5. bezieht. Die Frage, ob nach heutigem Rechte der Widerruf durch Vertrag ausgeschlossen werden könne, ist der Erläuterung dieses Pandektentitels vorzubehalten.

2) Das Vermächtniß ist, wie die Schenkung, Zuwendung irgend eines Vermögensvortheils an den Begünstigten, eine Liberalität gegen diesen, und zwar, wie die mortis causa donatio, auf den Todesfall, aber nicht, wie diese, durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden aus dem Vermögen des Lebenden an den Lebenden, nur in ihrem Bestande davon abhängig, daß nicht der erste den letzten überlebe; denn

3) das Vermächtniß ist wesentlich Zuwendung eines Vermögensvortheils, eine Gabe, auf seinen Todesfall von Seiten des Gebers als künftigen Erblassers aus seinem Nachlasse, d. i. dem Inbegriffe aller Güter, welche er bis zu seinem Tode als seiner Verfügung unterworfen haben wird, aus diesem Nachlasse unmittelbar oder doch mittelbar durch Belastung desselben, vermittelt durch die Rechtsnachfolge in die Gesammtheit dieses nachgelassenen

Vermögens, nämlich die eigentliche Erbfolge nach Testament oder Gesetz, oder was in Ermangelung derselben an deren Stelle tritt, also aus der Erbschaft oder auf deren Kosten. Zwar kann der Gegenstand des Vermächtnisses Etwas sein, das sich nicht in der Erbschaft befindet; aber indem dem Erben auferlegt wird, es zu verschaffen, ist es mittelbar doch der Erbschaft, dem Gesammtbetrage des Nachlasses, entnommen. Zwar kann auch ein Vermächtnißnehmer wieder mit einem Vermächtniß beschwert werden; aber doch eben nur als Vermächtnißnehmer, also mit Rücksicht auf das, was er aus der Erbschaft bekommt, so daß mittelbar auch das ihm auferlegte Vermächtniß aus dieser herzuleiten ist. Ferner kann zwar auch dem auf den Todesfall Beschenkten ein Vermächtniß auferlegt werden, aber doch nur in so fern, als der Schenker das Geschenk durch Widerruf ihm noch entziehen und so der Erbschaft den Gegenstand desselben erhalten konnte, so daß auch hier doch eigentlich mittelbar auf Kosten der Erbschaft das Vermächtniß gegeben wird. Und wenn endlich auch demjenigen, dem durch die Erfüllung der Bedingung, unter welcher einem Anderen etwas hinterlassen ist, ein Vortheil zugeht, dieser Vortheil durch eine Vermächtnißauflage geschmälert werden kann, so ist auch das in der That eine Vermögenszuwendung, die nur auf einem Umwege aus dem Nachlasse abzuleiten ist [61]).

61) Vgl. Fein in diesem Comment. Bd. 44. S. 5. Brinz, Pand. §. 207. S. 866. fg. Ueber die Verwandtschaft des Vermächtnisses mit und seine Verschiedenheit von der mortis causa donatio ist auf die Erläuterung des betreffenden Pandektentitels, de mortis causa donationibus, XXXIX. 6, zu verweisen. Man vgl. einstweilen die kurze und treffende Charakteristik der m. c. donatio bei Unger, Erbr. §. 77.

So kann denn das Vermächtniß kurz definirt werden als eine letztwillige Verfügung, wodurch der Erblasser einer Person unmittelbar oder mittelbar aus seinem Nachlaß, auf Kosten der Erbschaft, einen Vermögensvortheil zuwendet. Aber auch den durch solche Verfügung einer Person zugewiesenen Vermögensvortheil, das Vermachte, nennt der Sprachgebrauch ein Vermächtniß.

Aus dem Begriffe des Vermächtnisses ergibt sich von selbst, daß bei jedem Vermächtniß drei Personen in Betracht kommen: der Erblasser, der es hinterläßt; derjenige, dem es auferlegt wird; derjenige, dem es hinterlassen wird. Man kann diese drei Personen in der deutschen Sprache füglich unterscheiden durch die Ausdrücke: Vermächtnißgeber, Vermächtnißträger, Vermächtnißnehmer. Gebräuchlicher jedoch war es bisher, den Vermächtnißträger den Onerirten zu nennen, wohingegen der Vermächtnißnehmer der Honorirte heißt. Den Vermächtnißgeber nennt man gewöhnlich Testator, welche Bezeichnung aber genau genommen voraussetzt, daß derselbe ein Testament hinterlasse, daher in Beziehung auf Legat nach älterem Rechte vollkommen richtig war, in Beziehung auf Vermächtnisse überhaupt aber ungenau ist, weil diese auch bei der gesetzlichen Erbfolge, also ohne Testamentserrichtung, statthaben können [62]).

Der Inhalt eines Vermächtnisses aber kann nicht blos in der Zuwendung einzelner bestimmter Vermögensrechte oder Vortheile bestehen; dasselbe kann auch die Erbschaft als Gesammtheit oder einen Bruchtheil (einen

62) Die meines Wissens zuerst in meinem Lehrb. der Pandekten gebrauchten Bezeichnungen „Vermächtnißträger“ und „Vermächtnißgeber“ sind seitdem auch von Tewes II. S. 231. und Unger, Erbr. §. 55. angenommen worden.

aliquoten Theil) derselben zum Gegenstande haben. Das war nach vorjustinianischem Rechte der Inhalt der partitio legata und des fideicommissum hereditatis. Jene war nur ein Fall des Damnationslegats, erzeugte als solches nur eine Obligatio des Erben, und hatte durchaus nicht eine Universalsuccession des Legatars zur Folge. Dieses aber nahm schon seit der ersten Kaiserzeit eine Wendung, zufolge deren es eine Universalsuccession, ganz analog der des eigentlichen Erben, herbeiführte, nach dem Senatusconsultum Trebellianum in allen, nach dem Senatusconsultum Pegasianum nur mehr in gewissen Fällen, nach der durch Justinian bewirkten Verschmelzung beider Senatsbeschlüsse wieder regelmäßig [63]), und diese Folge kann nun nach der Verschmelzung der Legate und Fideicommisse auch dann eintreten, wenn die Restitution der Erbschaft oder eines Theils derselben in Legatsform angeordnet ist, wenn auch als möglich zugegeben werden muß, daß nach dem Willen des Erblassers ein Vermächtniß jenes Inhalts nur die Wirkung der älteren partitio legata habe. Immerhin aber stellt sich jene Verfügung noch im Gegensatze gegen die Bestimmung der unmittelbaren Erbfolge als ein Vermächtniß dar, insofern sie nur durch eine die unmittelbare Rechtsnachfolge in die Gesammtheit des Nachlasses beschränkende Auflage einem Anderen die Möglichkeit einer durch jene vermittelten Universalsuccession darbietet, welche man daher als eine mittelbare oder indirekte Erbfolge zu bezeichnen pflegt. So ergibt sich denn mit Rücksicht auf den Inhalt der Vermächtnisse eine Unterscheidung von zwei Hauptarten derselben: Singularvermächtnisse und Universalvermächtnisse.

63) Inst. de fideicommissariis hereditatibus. II. 23. Vgl. mit Gai. II. 247—259.

Bestimmt man den Begriff der letzten wesentlich mit Rücksicht auf die Wirkung, nämlich, daß daraus eine mittelbare Universalsuccession in das Vermögen des Erblassers hervorgeht, so gehört zu den ersten auch das Vermächtniß eines Bruchtheiles der Erbschaft, wofern es im einzelnen Falle nach dem Willen des Erblassers jene Wirkung nicht hat. In diesem Sinne gab es vor dem Senatusconsultum Trebellianum überall noch kein Universalvermächtniß. Man kann aber auch den Unterschied lediglich darnach bestimmen, ob das Vermächtniß überhaupt die Erbschaft oder einen Bruchtheil derselben zum Gegenstande hat (Universalvermächtniß), oder dessen Inhalt in der Zuwendung irgend welcher anderer Vermögensvortheile besteht (Singularvermächtniß), wobei dann nur zu bemerken ist, daß das erste regelmäßig eine Universalsuccession mit sich bringt, jedoch wohl auch dieser Wirkung entbehren kann. Jedenfalls aber ist es nicht genau, wie es doch häufig geschieht [64]), den Unterschied zwischen Singular- und Universalvermächtniß so zu bestimmen, daß durch jenes eine Singular-, durch dieses eine Universalsuccession begründet werde; denn durch Vermächtniß können einer Person die manchfaltigsten Vermögensvortheile zugewendet werden, auf welche der Begriff der Succession überhaupt nicht anwendbar ist, also auch von einer Singularsuccession gar nicht oder nur in sehr gezwungener Weise die Rede sein kann, z. B. Bestellung oder Aufhebung eines dinglichen Rechtes, Gewährung einer Forderung oder Erlaß einer Schuld (§. 1518.). Die Lehre von dem Universalvermächtnisse darzustellen, wird übrigens der besondere Pandektentitel

64) So z. B. Seuffert, Pand. §. 603. Puchta, Pand. §. 452. Keller, Pand. §. 554. Vgl. auch Unger, Erbr. §. 54. 57.

ad Senatusconsultum Trebellianum (XXXVI. 1.) den Anlaß geben und zwar wird es schon um des Gegensatzes willen zweckmäßig sein, dort erst auch die Frage zu erörtern, ob und mit welchen Wirkungen nach dem neuesten und heutigem Rechte noch ein Vermächtniß der Erbschaft oder eines Bruchtheiles derselben ohne die Wirkung einer Universalsuccession vorkommen könne [65]). In den nächstfolgenden Büchern wird ausschließlich nur von Singularvermächtnissen die Rede sein, und durchgängig, wo von Vermächtniß schlechtweg die Rede ist, nur ein Singularvermächtniß darunter verstanden werden.

Was die Terminologie betrifft, so konnte nach Justinian's Constitutionen jedes Vermächtniß eben so wohl Legat als Fideicommiß genannt werden [66]). Doch empfiehlt sich für die lateinische Sprache das Wort Legatum als die angemessenere allgemeine Bezeichnung, weil das Wort Legare auch im classischen Sprachgebrauche schon wohl in weiterem auch die Fideicommisse umfassendem Sinne gebraucht worden ist [67]). Die

65) Vgl. oben Anm. 153.

66) L. 2. Cod. commun. de legat. et fideicomm. VI. 43. — „quidquid fideicommittitur, hoc intelligatur esse legatum" — „et si specialiter legati tantum faciet mentionem, hoc et legatum et fideicommissum intelligatur." Die Institutionen behalten aber die Unterscheidung zwischen Legat und Fideicommiß noch bei, obwohl nur ganz äußerlich, und diesem Vorgang folgten auch häufig die Commentatoren des römischen Rechts z. B. Donellus VIII. cap. 2. §. 14.

67) Vgl. oben Anm. 11. So ist die Lehre von den Vermächtnissen in Weiske's Rechtslexikon unter dem Artikel: Legat abgehandelt worden und werden wir uns auch im Folgenden nach Bequemlichkeit der Worte Legat und Legatar in diesem Sinne bedienen. Vgl. auch Donellus l. c. Caimus l. c. pag. 261. sqq.

deutsche Rechtswissenschaft bedient sich des Ausdruckes „Legat" häufig als ausschließlicher Benennung von Singularvermächtnissen, während sie das Universalvermächtniß noch regelmäßig als Universalfideicommiß zu bezeichnen pflegt. Unter jenen aber macht sie wohl noch den Unterschied, daß sie nur das dem Erben auferlegte Vermächtniß „Legat," das einer andern Person auferlegte „Singularfideicommiß" nennt [68]), oder diesen Ausdruck insbesondere auf den Fall bezieht, wenn ein vermachtes Gut zuerst einem erworben werden und von diesem dann auf einen anderen übergehen soll [69]). Es herrscht aber darin weder Uebereinstimmung noch Consequenz, und ist es wohl am meisten zu empfehlen, sich des ganz geeigneten deutschen Ausdruckes „Vermächtniß" zu bedienen, die beiden Hauptarten aber als Singular- und Universal-Vermächtniß, oder als Vermächtniß einzelner Vermögensvortheile (Sondervermächtniß) und Vermächtniß der

68) Dafür gibt eine gewisse Rechtfertigung das pr. J. de sing. reb. per fideicomm. relictis. II. 24., worin noch der praktisch bedeutungslose Satz vorkommt: a legatario legari non posse. Uebrigens ist dieser Unterschied auch nach Justinianischem Rechte noch in gewisser Beziehung von Wichtigkeit. Vgl. Dig. ad legem Falcidiam. XXXV. 2.

69) Diesem Sprachgebrauche folgt unter anderen Hellfeld in den Anm. 6—9. mitgetheilten Definitionen, indem er nach §. 1522. unter Legatum auch das einem Legatar oder Fideicommissar auferlegte Vermächtniß begreift, in §. 1529. aber fideicommissum diejenige letztwillige Verfügung nennt, vermöge deren der Erblasser alicui per intermediam personam aliquid praestari voluit, und dieses näher bestimmt in der in Anm. 8. mitgetheilten Definition. Es ist aber ein handgreiflicher Irrthum oder Fehlgriff, wenn er dabei aussagt, daß dieses „fideicommissum in sensu iuris romani" sei.

Erbschaft zu unterscheiden [70]), ohne darum strengpuristisch die lateinischen Bezeichnungen überall zu vermeiden.

Den Universalfideicommissar pflegte man in der gemeinrechtlichen Jurisprudenz als heres indirectus, fideicommissarius, mittelbaren Erben, zu bezeichnen, und die Anordnung eines Universalfideicommisses als fideicommissarische Erbernennung oder Substitution im Gegensatze gegen die gemeine Substitution (vulgaris substitutio), durch welche letzte eine Person zur Erbfolge berufen wird für den Fall, wenn eine andere voreingesetzte nicht Erbe werde [71]). Darnach haben sich denn in neueren Gesetzgebungen Begriff und Terminologie zum Theile anders gestaltet, indem vor allem unterschieden wird, ob eine letztwillige Verfügung eine (unmittelbare oder mittelbare) Nachfolge in die Gesammtheit der Vermögensverhältnisse des Erblassers bezweckt oder nur die Zuwendung bestimmter einzelner Vortheile. So werden dann unmittelbare und mittelbare oder direkte und fideicommissarische Erbernennung oder Erbeinsetzung, gemeine und fideicommissarische Substitution zusammengestellt, und nur diejenigen letztwilligen Verfügungen, welche einer Person nur einzelne Vermögensrechte zuweisen, aber keine Gesammtnachfolge herbeiführen, Vermächtnisse oder Legate, die damit Bedachten Vermächtnißnehmer oder Legatare genannt, und fällt damit der Begriff wie der Ausdruck: Universalvermächtniß, ganz hinweg. So im preußischen Landrecht I. 12. §. 3—7., §. 50. fg., vgl. Gruchot, Erbr. I. S. 305. fg., 391. fg.; so auch im österreichischen bürgerl. Gesetzbuche §. 532—535. 553. 604. fg. 647. fg., vgl. Unger, Erbr. §. 14. 15. 19. 20. 54. fg.

70) Vgl. Dewes, Erbr. II. S. 238.

71) Dig. de vulg. et pup. subst. XXVIII. 6. Vgl. diesen Commentar Bd. 40. S. 248. fg.

Im hessischen Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches III. Abth. Art. 41. fg. werden unterschieden (unmittelbare) Erbeseinsetzung, Vermächtnisse, Anordnung eines Erbstellvertreters (Vulgarsubstitution) und Anwartschaft (fideicommissarische Substitution), die beiden letzten sowohl in Beziehung auf Vermächtnisse, als auf Erbeinsetzung möglich; und in ähnlicher Weise unterscheidet das sächsische bürgerliche Gesetzbuch Erbeinsetzung, §. 2166 fg., Nacherbeinsetzung (d. i. gemeine Substitution in Beziehung auf die Erbeinsetzung), §. 2187. fg., Vermächtnisse, §. 2283. fg., und Anwartschaft (Erbanwartschaft, Vermächtnißanwartschaft, Familienanwartschaft), d. i. fideicommissarische Substitution, §. 2503. fg., während das Zürcher Gesetzbuch §. 1078. fg. gerade die fideicommissarische Substitution in der Erbschaft als Nacherbschaft bezeichnet und die sächsische Nacherbeinsetzung nur Substitution eines Erben nennt, das österreichische Gesetzbuch hingegen den Ausdruck „Nacherben" sowohl auf den Fall der gemeinen als der fideicommissarischen Substitution anwendet.

In allen diesen neueren Gesetzgebungen aber ist der Begriff des Vermächtnisses nur auf das Singularvermächtniß eingeschränkt. Wesentlich anders dagegen verhält es sich in der französischen Gesetzgebung. Diese stellt zunächst als eigentliche Erbfolge voran die gesetzliche Erbfolge — Code Nap. liv. III. tit 1. des „successions" — und neben diese, dieselbe beschränkend oder ausschließend, Schenkungen und letztwillige Verfügungen — Code Nap. liv. III. tit. 2. „des donations et testaments" — unter den letzten aber (dispositions testamentaires) unterscheidet sie (art. 1002.) les legs universels, les legs à titre universel, und les legs particuliers, wobei es gleichgültig ist, ob

diese unter dem Namen „Erbeinsetzung" oder „Legat" („sous la denomination d'institution d'heretier oder sous la denomination de legs"), angeordnet sind. Darnach werden denn auch unterschieden der legataire universel, der legataire à titre universel, und der legataire à titre particulier, d. i. derjenige, dem, allein oder mit Anderen zusammen, die ganze Erbschaft, derjenige, dem, allein oder mit Anderen zusammen, ein Bruchtheil der Erbschaft, und derjenige, dem bestimmte einzelne Vermögensrechte durch Testament, (d. i. eine jede in gesetzlicher Form errichtete letztwillige Anordnung, ohne Rücksicht darauf, ob darin eine Erbeinsetzung enthalten ist oder nicht) hinterlassen sind. Die beiden ersten Arten letztwilliger Verfügung entsprechen also der römischrechtlichen Erbeinsetzung (eines oder mehrerer Erben), welche entweder die ganze Erbschaft oder eine Quote derselben betrifft, wobei der römische Grundsatz: „nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest" nicht gilt; sind aber eigentlich vielmehr als Universalmächtnisse, welche auf die gesetzliche Erbfolge gelegt sind, zu betrachten; die dritte Art dagegen entspricht dem römischrechtlichen Singularvermächtniß. Einer fideicommissarischen Substitution ist außerdem nur in sehr beschränktem Umfange Statt gegeben (art. 1048—1074.) [72]).

In der gegenwärtigen Darstellung haben wir uns nur an die gemeinrechtlichen Begriffe und Eintheilungen zu halten und, an die Bücher 30—35. der Pandekten anknüpfend, zunächst die Lehre von den Singularvermächtnissen eingehend zu entwickeln.

72) Vgl. Roßhirt I. S. 122. fg.

§. 1518.

Gegenstand des Vermächtnisses. — Im Allgemeinen.

Wenn Hellfeld das Legat definirt als res singularis alicui in ultima voluntate relicta, so muß der Ausdruck: res singularis in dem denkbar weitesten Sinne genommen werden. Gegenstand des Vermächtnisses, und zwar auch schon des Legats im Sinne des älteren Rechts, nämlich des Damnationslegats, kann Alles sein, was einer Person als Vermögensvortheil aus der Erbschaft oder auf Kosten derselben zugewendet werden kann, Alles, was Gegenstand einer Obligatio sein kann, die durch die letztwillige Verfügung der Erblasser dem Erben, oder wer sonst mit einem Vermächtniß gültig beschwert werden kann, auferlegt werden, jede Leistung von vermögensrechtlichem Werthe, die den Inhalt einer Schuldverbindlichkeit abgeben kann. Also nicht blos eine einzelne Sache im engeren Sinne, d. h. das Eigenthum derselben, kann Gegenstand des Vermächtnisses sein, sie sei individuell oder der Gattung nach bestimmt, oder bestehe in einer Summe Geldes oder einer Quantität fungibler Dinge, sondern auch eine Gesammtheit gleich- oder verschiedenartiger Sachen oder ein Vermögensinbegriff, z. B. ein Peculium, ein dingliches Recht an einer Sache oder Befreiung der Sache des Bedachten von einem darauf haftenden dinglichen Rechte, Zuweisung einer Forderung des Erblassers gegen einen Dritten oder Erlaß einer Forderung desselben gegen den Bedachten selbst, ein Recht auf bestimmte wiederkehrende Leistungen, und so überhaupt jeder Vermögensvortheil, der Jemanden durch Schenkung unter Lebenden zugewendet werden kann [73]).

73) Der aus feindlicher Gefangenschaft Losgekaufte konnte sogar sich selbst vermacht werden, was die Wirkung hatte,

Namentlich kann das Vermächtniß auch darin bestehen, daß dadurch eine Forderung auf ein Thun oder Unterlassen oder Gestatten von Seiten des Beschwerten gewährt wird [74]), vorausgesetzt nur, daß dieses dem Bedachten einen Vermögensvortheil bringe [75]), daß es möglich [76]) und nicht unsittlich oder rechtswidrig sei [77]). Hieher gehört es auch, wenn dem Erben die Eingehung eines Rechtsgeschäftes mit dem Legatar, z. B. eines Kaufvertrages, auferlegt wird [78]). Im Allgemeinen aber ist erforderlich, daß Gegenstand und Inhalt des Vermächtnisses hinreichend bestimmt sei, so daß es nicht rein der Willkür des Beschwerten anheimgestellt ist, ob er über-

daß er von der Haftung für Ersatz der Loskaufssumme befreit wurde. L. 43. §. 3. D. de legat. I.

74) L. 11. §. 25. D. de legat. III. L. 6. §. 2. D. de auro arg. leg. XXXIV. 2. L. 39. §. 4. D. de legat. I. L. 12. D. eod. „ut heres eum artificium doceat, unde se tueri possit, peto". Pauli sent. III. 6. §. 10. „Damnari heres potest, ut alicui domum extruat." §. 21. J. h. t. II. 20. Sed et tale legatum valet: *damnas esto heres domum illius reficere.* Vgl. das österr. bürg. Gesetzb. §. 653. „Alles was im gemeinen Verkehre steht, Sachen, Rechte, Arbeiten und andere Handlungen, die einen Werth haben, können vermacht werden."

75) Daher z. B. unwirksam die Auflage, eine Person zu adoptiren, L. 41. §. 8. D. de legat. III., oder zu emancipiren, L. 114. §. 8. D. de legat. I.

76) Vgl. Mommsen, Beitr. zum Obligationenrecht I. S. 110. fg.

77) L. 112. §. 3. D. de legat. I. Vgl. Donelli comm. VIII. cap. 12. Lichtwer, de factis legatis. Vitemb. 1748.

78) L. 49. §. 8. 9. L. 66. D. de legat. I. L. 11. §. 15. L. 30. §. 3. L. 41. §. 9. D. de legat. III. Westphal I. §. 209. fg.

haupt etwas von Werth und Was er leisten wolle[79]), obwohl eine Wahl zwischen verschiedenen Gegenständen oder Leistungen allerdings sowohl dem Beschwerten als dem Bedachten, im einzelnen Falle natürlich nur dem einen oder anderen oder auch einem Dritten überlassen sein kann[80]). Auch steht es der Gültigkeit des Vermächtnisses überall nicht im Wege, wenn es zur genaueren Bestimmung seines Inhaltes noch erst des billigen Ermessens eines Unpartheiischen (arbitrium boni viri) bedarf[81]), sofern nur dafür ein Anhaltspunkt in den Verhältnissen gegeben ist, während ein schlechthin in die Willkür eines Dritten gestelltes Vermächtniß ohne Wirkung ist[82]). Ohne Einfluß aber ist es, wenn in der Bezeichnung des Gegenstandes ein Irrthum oder Fehler begangen worden ist, wofern nur deßungeachtet erkennbar ist, was der Erblasser gewollt hat[83]).

Eine lange Reihe von verschiedenartigen Gegenständen der Vermächtnisse wird in den Sententiae des Paulus III. 6. §. 34—91. aufgezählt. In den Pandekten

79) L. 69. §. 4. D. de iure dot. XXIII. 3.

80) L. 84. §. 9. 11. D. de legat. I. L. 3. §. 1. Cod. commun. de legat. VI. 43. Vgl. darüber den Pandektentitel de optione vel electione legata. XXXIII. 5. Hellfeld §. 1538—1541.

81) L. 12. D. de legat. I.

82) L. 52. D. de cond. et dem. XXXV. 1. Vgl. unten §. 1520.

83) §. 30. J. de legat. II. 20. „regula est, *falsa demonstratione legatum non perimi.*" Darüber, so wie über die Angabe von Beweggründen und über Nebenbestimmungen der Vermächtnisse ein besonderer Pandektentitel: de conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. XXXV. 1. Hellfeld §. 1569—1572,

aber sind über eine Reihe von Vermächtnissen verschiedenartigen Inhaltes besondere Titel aufgenommen:

de annuis legatis et fideicommissis. XXXIII. 1. Hellfeld §. 1530—1532.

de usu et usufructu et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis. XXXIII. 2. Hellfeld §. 1533—1534.

de servitute legata. XXXIII. 3. Hellfeld §. 1535.

de dote praelegata. XXXIII. 4. Hellfeld §. 1536. 1537.

de optione vel electione legata. XXXIII. 5. Vgl. Anm. 178.

de tritico, vino vel oleo legato. XXXIII. 6. Hellfeld §. 1542.

de instructo vel instrumento legato XXXIII. 7. Hellfeld §. 1543.

de peculio legato. XXXIII. 8. Hellfeld §. 1544.

de penu legata. XXXIII. 9. Hellfeld §. 1545.

de supellectile legata. XXXIII. 10. Hellfeld §. 1546.

de alimentis vel cibariis legatis. XXXIV. 1. Hellfeld §. 1547. 1548.

de auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, vestimentis et statuis legatis. XXXIV. 2. Hellfeld §. 1549—1550.

de liberatione legata. XXXIV. 3. Hellfeld §. 1551—1554.

Indem wir nun die Erörterung dieser einzelnen Arten von Vermächtnissen nach Verschiedenheit des Inhaltes der Erläuterung jener besondern Titel der Pandekten vorbehalten und zweckmäßig auch die Erörterung verschiedener anderer Vermächtnisse, denen besondere Titel nicht gewidmet sind, mit der Erläuterung der Titel von

verwandtem Inhalt verbinden, z. B. des Vermächtnisses der Emphyteusis, der Superficies und des Pfandrechts mit der Erläuterung der Titel XXXIII. 2. u. 3., des Vermächtnisses einer nach der Gattung bestimmten Sache mit der des Titels XXXIII. 5., des Vermächtnisses einer Quantität mit der des Titels XXXIII. 6., des Vermächtnisses eines Vermögensinbegriffes mit der des Titels XXXIII. 8., des Vermächtnisses einer Forderung (nomen legatum) oder eines Schuldgegenstandes (debitum legatum) mit der des Titels de liberatione legata XXXIV. 3., bleibt uns zunächst für diesen Abschnitt des Commentars nur übrig, das Vermächtniß einer einzelnen Sache und das einer Geldsumme in genauere Erwägung zu ziehen. Diese können ohnehin gleichsam als Musterfälle hervorgehoben und in Beziehung auf sie die allgemeinen Grundsätze von Vermächtnissen vollständig entwickelt werden, von welchen dann auf Vermächtnisse anderen Inhalts nur mit Rücksicht auf dessen Eigenthümlichkeit die Anwendung zu machen ist. Auch beschäftigen sich die drei Bücher de legatis et fideicommissis vorzugsweise mit den genannten beiden Arten der Vermächtnisse, während die betreffenden Abschnitte in den Institutionen des Gaius und den Fragmenten Ulpian's, abgesehen von dem Universalvermächtniß, fast durchaus nur von dem Vermächtniß einzelner Sachen reden.

§. 1518. a.

Gegenstand des Vermächtnisses. — Insbesondere Sachen im engeren Sinne.

Wenn eine Sache als Gegenstand des Vermächtnisses bezeichnet ist (res legata), so heißt dies regelmäßig nichts Anderes, als daß dem Bedachten das Eigenthum dieser Sache verschafft werden soll; res legata

ist = dominium rei legatum. Ein solches Vermächtniß kann die Wirkung haben, daß das Eigenthum der vermachten Sache nach dem Tode des Erblassers in bestimmtem Zeitpunkte von selbst (ipso iure) auf den Vermächtnißnehmer übergeht; seine Wirkung kann aber auch blos darin bestehen, daß diesem nur eine Forderung gegen den mit dem Vermächtniß Beschwerten erworben wird, des Inhalts, daß ihm das Eigenthum der Sache verschafft werde, rem ei dari oportere (§. 1518b—1518d, 1528.). Immer aber ist das Vermächtniß darauf gerichtet, daß jenem das Eigenthum der Sache zukomme; man kann es daher als Vermächtniß des Eigenthums bezeichnen [84]).

Es versteht sich nun von selbst, daß zur Wirksamkeit eines solchen Vermächtnisses vor Allem Dasein der Sache, die Gegenstand desselben sein soll, erforderlich, daß also das Vermächtniß einer Sache, die überall nicht existirt oder die zur Zeit schon zu Grunde gegangen ist, eben so wie das Versprechen einer solchen Sache, ungültig sei [85]). Daraus folgt, daß das Vermächtniß einer Sache, die nicht in dem Maße wie angegeben existirt, auch nur in dem Maße, wie dieselbe wirklich vorhanden ist, gültig sein kann, z. B. das Vermächtniß eines Bauplatzes von bestimmter Größe auf einem Grundstücke, welches im Ganzen von geringerem Umfange ist, wie das Vermächtniß von zehn Krug Wein aus einem Fasse, das wirklich nur acht Krug enthält [86]). Aber es kann aller-

84) Mühlenbruch, Pand. §. 741. Weniger passend spricht Göschen, Civilrecht III. 2. §. 1011. fg. „von Legaten zum Zwecke des Eigenthumes."

85) §. 1. J. de inutil. stip. III. 19. L. 103. D. de V. O. XLV. 1. L. 185. D. de R. J.

86) L. 8. §. 2. D. de legat. I.

dings eine Sache, die zur Zeit noch nicht existirt, für den Fall, daß sie künftig in's Dasein trete, res futura, im Voraus gültig vermacht werden, z. B. die Jahresärndte eines Ackers oder die Jungen eines Mutterthieres, wie nach römischem Rechte der partus ancillae, die Insel, die in einem Fluß entstehen werde[87]). In solchem Falle hängt natürlich die Wirksamkeit des Vermächtnisses davon ab, daß die Sache wirklich entstehe[88]); jedoch kann dasselbe eine Verpflichtung zum Ersatz erzeugen, in so fern der damit Beschwerte durch sein Verschulden die Entstehung der vermachten Sache verhindert[89]).

Ein anderes allgemeines Erforderniß des Eigenthumsvermächtnisses ist, daß die Sache ein möglicher Gegenstand des Privateigenthums, res in commercio, sei; das Vermächtniß einer dem Verkehre entzogenen Sache ist, wiederum ebenso wie das Versprechen einer solchen Sache, schlechthin nichtig[90]). So wird auch das Vermächtniß eines Grabmals als einer res religiosa für ungültig erklärt, obwohl zugleich anerkannt wird, daß das Recht, daselbst einen Todten zu bestatten, allerdings Jemanden vermacht werden könne[91]). Der Grund, warum

87) §. 7. J. de legat. II. 20. L. 24. D. de legat. I. L. 17. D. de legat. III. cf. L. 13. D. de trit. leg. XXXIII. 6. L. 73. pr. D. de V. O. XLV. 1. Vgl. oben Seite 21 Anm. 46.

88) L. 1. §. 3. D. de cond. et dem. XXXV. 1.

89) Arg. L. 161. D. de R. J. L. 17.

90) Ulp. XXIV. 9. Liber homo aut res populi aut sacra aut religiosa nec per damnationem legari potest, quoniam dari non potest. §. 4. J. h. t. L. 39. §. 8. D. de legat. I.

91) L. 14. Cod. de legatis. VI. 37. Monumenta quidem legari non posse manifestum est, ius autem mortuum inferendi legare nemo prohibetur.

ein solches Vermächtniß nichtig ist, liegt darin, daß es unmöglich ist, das Eigenthum jener Sachen zu verschaffen, während in Ansehung solcher Sachen, die einem Dritten gehören, regelmäßig die Möglichkeit besteht, sie von dem Eigenthümer derselben für den Legatar zu erwerben, und daher, wenn dieses doch im einzelnen Falle, wegen Weigerung des Eigenthümers, nicht zu erreichen ist, der eigentliche Vermächtnißgegenstand durch den Schätzungswerth desselben zu vertreten ist[92]). Aus demselben Grunde aber wird auch das Vermächtniß solcher Sachen als ungültig angesehen, die zwar nicht durchaus dem Verkehr entzogen sind, von denen aber der Erblasser nicht erwarten kann, daß es möglich sein werde, sie dem Legatar zu verschaffen, wobei zugleich der Gesichtspunkt mitwirkt, daß es nicht ernstlicher Wille des Erblassers sein könne, eine solche Sache dem Legatar zuzuwenden. So sagt Ulpian in L. 39. §. 8. D. de legat. I.:

> Si vero Sallustianos hortos, qui sunt Augusti, vel fundum Albanum, qui principalibus usibus deservit, legaverit, furiosi est, talia legata testamento adscribere;

und in §. 10. ibid.:

> Sed et ea praedia, quae in formam patrimonii redacta sub procuratore patrimonii sunt, si legentur, nec aestimatio eorum debet praestari, quoniam commercium eorum nisi iussu principis non sit, quum distrahi non soleant[93]).

Nach Analogie dieser Bestimmungen wird man nicht nur das Vermächtniß von Staatsgütern und Besitzungen

92) L. 39. §. 7. D. de legat. I. Constat etiam res alienas legari posse, utique si parari possint, etiamsi difficilis earum paratio sit. Vgl. §. 1518c.

93) Vgl. Roßhirt I. S. 232.

des Regenten, sondern auch z. B. von standesherrlichen Besitzungen oder Fideicommißgütern als ungültig anzusehen haben [94]).

Als ein Gegenstand, dessen Vermächtniß wie das einer res extra commercium ungültig ist, erscheint im römischen Rechte auch ein Grundstück in Feindesland [95]), es sei denn, daß es iure postliminii dem Römer zurückerworben wurde [96]), während bewegliche Sachen der Feinde gültig vermacht wurden, sofern sie nur eingekauft werden konnten [97]).

Gleiches, wie von dem Vermächtniß einer res extra commercium, gilt ferner von dem Falle, wenn gegen ein gesetzliches Verbot eine Sache vermacht worden ist. Ein solches Verbot war durch einen Senatsbeschluß unter Hadrian (122 nach Chr.) in Ansehung der mit einem Gebäude verbundenen Gegenstände aufgestellt worden, worüber L. 41. §. 1—15. L. 42. 43. pr. §. 1. D. de legat. I. ausführliche Erörterungen enthalten [98]).

Nach dem Gesichtspunkt, den L. 39. §. 7. D. de

94) Vgl. Mommsen, Beitr. zum Obligationenrecht I. S. 15. Anm. 20. Unger, System I. §. 46. Anm. 18.

95) L. 103. D. de V. O. XLV. 1. vgl. mit L. 39. §. 7 — 10. D. de legat. I.

96) Arg. L. 9. 98. D. eod. Was hier vom servus ab hostibus captus gesagt ist, mußte auch von einem Grundstücke gelten, als welches ebenfalls iure postliminii ad pristinum dominum revertebatur. Uebrigens hatten L. 9. 98. citt. vermuthlich ein Vindicationslegat im Auge; per damnationem konnte nach der fg. Anm. 97. ein servus hostium auch ohne Rücksicht auf postliminium gültig vermacht werden.

97) L. 104. §. 2. D. de legat. I. Vgl. Donell. VIII. cap. 12. §. 12. 13.

98) Vgl. Donell. l. c. §. 15—20.

legatis I. andeutet, könnte man etwa meinen, daß das Vermächtniß auch dann unwirksam sei, wenn der damit Beschwerte nicht fähig sei, die Sache zu erwerben. Allein es ist nichts desto weniger möglich, das Eigenthum dem Legatar zu verschaffen, weil dessen Erwerb nicht nothwendig durch vorausgehenden Erwerb des Beschwerten vermittelt werden muß, dieser vielmehr auf seine Kosten die unmittelbare Uebertragung des Eigenthums an jenen zu bewirken vermag oder durch Auszahlung des Werthes ihn in den Stand setzen kann, die Sache ohne eigene Kosten wo möglich zum Eigenthum selbst zu erwerben. Daher entscheidet Paulus in L. 49. §. 3. D. de legat. II.:

> Sed Proculus, si quis heredem suum eum fundum, cuius commercium is heres non habeat, dare iusserit ei, qui eius commercium habeat, putat heredem obligatum esse — quod verius est — vel in ipsam rem, si haec in bonis testatoris fuerit, vel si non est, in eius aestimationem.

Z. B. „Ein Rathsherr konnte keine Schiffe zur See besitzen. Wenn man ihn zum Erben ernannte, und ein Schiff, so man verließ, Jemanden vermachte, der kein Rathsherr war, so war das Legat gültig“ [99]).

Eine seit der Zeit der Glossatoren überaus streitige Frage aber ist es, welche Wirkung das Vermächtniß einer nicht überhaupt dem Verkehr entzogenen Sache habe, wenn derjenige, dem sie vermacht wird, dieselbe zu er-

99) Dieses Beispiel führt Westphal I. S. 124. an, freilich ein unpraktisches, vor dem ein Rathsherr von Bremen oder Hamburg nicht zu erschrecken braucht; er denkt dabei an das Verbot der Lex Julia repetundarum, welches den Senatoren den Betrieb der Seeschiffahrt untersagte. L. 3. D. de vacat. mun. L. 5. — Cuiac. observ. VI. cap. 38. Aber vgl. die fgg. Anm.

werben aus besonderem Grunde nicht fähig ist, das legatum rei, cuius commercium legatarius non habet? So z. B. nach römischem Recht in dem Falle S. 100. Anm. 99., oder wenn einem Soldaten ein Grundbesitz in der Provinz, in der er im Dienste stand[100]), oder einem Juden oder Heiden ein christlicher Sklave vermacht war[1]), und so nach heutigen Partikularrechten, wenn Israeliten oder anderen Personen ein unbewegliches Gut vermacht ist, dessen Erwerb ihnen gesetzlich versagt ist[2]). Der Consequenz gemäß, sollte man glauben, müßte in diesem Falle von dem Legat dasselbe gelten, was nach der Regel: impossibilium nulla obligatio est, von der stipulatio gesagt wird[3]). Von dieser aber sagt L. 34. D. de V. O. XLV. 1. (Ulp. lib. XLVIII. ad Sabinum):

> Multum interest, utrum ego stipuler rem, cuius commercium habere non possum, an quis promittat. Si stipuler rem, cuius commercium non habeo, inutilem esse stipulationem placet; si quis promittat, cuius non commercium habet, ipsi nocere, non mihi.

Demnach ist die Stipulation der Sache, welche der Stipulator zu erwerben nicht fähig ist, wirkungslos und begründet auch nicht etwa einen Anspruch auf Leistung des Schätzungswerthes. Damit stimmt nun auch überein

100) L. 9. D. de re militari. XLIX. 16.

1) L. 1. Cod. ne christianum mancipium haereticus vel paganus vel iudaeus habeat vel possideat vel circumcidat. I. 10.

2) Vgl. Unger, System I. §. 46. Anm. 34. fgg. Erbr. §. 40. Anm. 7.

3) Mommsen a. a. O. S. 140.

L. 62. D. de acquir. dom. (Paul. lib. II. Manualium):

Quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis, ad heredem, et ***res, cuius aliquis commercium non habet;*** nam ***etsi legari non possit***, tamen heres dominus eius efficitur[4]).

Und dasselbe lehrt ex professo derselbe Paulus in L. 49. §. 2. D. de legat. II. (Paul. lib. V. ad leg. Jul. et Pap.):

Labeo refert, agrum, cuius commercium non habes, legari tibi posse, Trebatium respondisse: quod merito Priscus Fulcinius falsum esse aiebat:

obwohl zugleich mittheilend, daß Trebatius darüber anderer Meinung gewesen sei.

Damit verträgt sich auch noch ganz wohl L. 114. §. 5. D. de legat. I. (Marcianus lib. VIII. institut.):

Si quid alicui licite fuerit relictum vel ius aliud, quod ipse quidem propter corporis sui vitium vel propter qualitatem relicti vel etiam quamcunque probabilem causam habere non potuit, alius tamen hoc habere potuit, quanti solet comparari, tantam aestimationem accipiet.

Denn diese Stelle ist nicht auf den Fall zu beziehen, wenn dem Legatar das commercium in Ansehung der Sache, d. h. die rechtliche Fähigkeit, dieselbe zu erwerben fehlt, sondern vielmehr auf den Fall, wenn wegen irgend welcher thatsächlicher Umstände die Erwerbung oder das Haben der Sache für den Vermächtniß-

4) Die streitige Erklärung des Schlußsatzes (vgl. Arndts, Pand. §. 464. Anm. 7.) bleibe hier dahin gestellt; daß Paulus das Legat im fraglichen Falle für nichtig hält, drücken die unterstrichenen Worte ganz klar aus.

nehmer nicht wohl thunlich ist, wo nicht sowohl eine eigentliche Unmöglichkeit des Erwerbes für den Vermächtnißnehmer vorliegt, als vielmehr nur eine thatsächliche Schwierigkeit und Nutzlosigkeit desselben [5]): z. B. es wäre einem Italiker ein Sklave vermacht worden, der kraft früherer Verkaufsbedingung nicht in Italien verweilen durfte [6]); oder heutzutage einem Ausländer eine Sache, deren Ausfuhr verboten ist [7]); oder es wäre einem homo plebeius eine senatorische Toga, einem invaliden Soldaten eine Generalsuniform vermacht worden, einem Blinden der Apparat eines Handwerkes, das er nicht mehr betreiben kann u. dgl. m. Zwar hat man eingewendet, unter dem Falle, da Jemand propter qualitatem relicti den vermachten Gegenstand nicht haben könne, sei auch der begriffen, wenn ihm in Ansehung desselben das Commercium fehle [8]). Allein die ganze Fassung der Stelle läßt erkennen, daß der Jurist nicht diesen Fall, der sich durch einen bestimmten technischen Ausdruck bezeichnen ließ, im Auge hatte und jedenfalls ist man berechtigt, wo es zur Beseitigung des Widerspruches mit einer anderen Stelle der Pandekten erforderlich ist, jene beschränkend zu erklären. Eben so wenig Bedenken erregt L. 11. §. 16. D. de leg. III. (Ulp. lib. II. fideicommiss.):

Si servo alieno militia relinquatur, an domino

5) Mommsen a. a. O. Anm. 1. a. E.

6) Cod. si servus exportandus veneat. IV. 55. Vgl. Cuiac. ad h. t. in paratitlis in libros IX. Cod. Just. (opp. edit. Neap. II. col. 290. sq.) und ad L. 9. D. de servis exportandis. XVIII. 7. in comment. ad Pauli quaest. lib. V. (opp. V. col. 999. sq.).

7) Cod. quae res exportari non debeant. IV. 41.

8) Müller, obs. ad Leyseri meditat. IV. pag. 158.

quaeratur legatum, quaeritur? Et aut scit servum esse, et dico aestimationem deberi; aut ignoravit, et denegari fideicommissi persecutio debet, quia si scisset servum, non reliquisset.

Als Gegenstand des Vermächtnisses ist hier ein käuflicher Dienst vorausgesetzt, zu welchem allerdings dem Sklaven die Fähigkeit fehlte. Aber dies ist nicht der Grund, warum dem Herrn nur der Anspruch auf die Aestimatio gegeben wird; denn daß auch dieser unfähig zur Annahme des Dienstes sei, wird ja nicht gesagt. Das Vermächtniß einer Militia wurde überhaupt nur als Vermächtniß einer Geldsumme angesehen[9]), desjenigen Betrages nämlich, welchen der neu Eintretende, um die Aufnahme in den Dienst zu erlangen, an den bisherigen Inhaber des Dienstes oder dessen Rechtsnachfolger zu erlegen hatte. Dabei kam es denn nicht darauf an, ob derjenige, welchem sie vermacht war, den Dienst selbst anzutreten bereit oder fähig war; sein Vortheil bestand darin, daß er den Dienst einem Anderen gegen jenen Betrag überlassen konnte. Natürlich aber lag jenem Vermächtnisse

9) Dasselbe galt in Ansehung des Vermächtnisses einer tessera frumentaria. Derselbe Paulus, welcher in L. 49. §. 2. D. de legat. II. das Legat einer Sache, cuius commercium non habet legatarius, schlechthin für ungültig erklärt, sagt in §. 1. ibid, „cui tessera vel militia legatur, aestimatio videtur legata", und in L. 87. pr. eod. „tale fideicommissum (sc. tesserae frumentariae comparandae) magis in quantitate quam in corpore consistit." Eine ähnliche Bewandtniß scheint es mit dem Vermächtniß gehabt zu haben, welches darin bestand, daß eine Person, z. B. ein Freigelassener, in eine Tribus eingekauft werde. L. 35. pr. D. de legat. III. Vgl. Averanii interpret. II. cap. 17—19. V. cap. 8. §. 11. Cuiac. ad L. 22. D. de legat. II. (Opp. tom. VII. col. 1125. sq.).

doch in der Regel die Absicht zum Grunde, dem Legatar selbst den Zutritt zu der Militia ohne eigenen Aufwand zu eröffnen. Hatte nun der Erblasser einem Sklaven, den er für frei hielt, die Militia vermacht, so konnte diese Absicht nicht erreicht werden, und daher wurde das Vermächtniß wegen mangelnden Willens des Erblassers als ungültig angesehen. War es aber mit dem Wissen, daß der Legatar ein Sklave sei, geschehen, so trat die regelmäßige Folge ein, daß durch ihn dem Herrn das Vermächtniß, also der Anspruch auf die Aestimatio der Militia erworben wurde. Das ist es, was die L. 11. §. 16. cit. ausspricht. Von einem Falle, wo das Vermächtniß wegen mangelnder Fähigkeit des Vermächtnißnehmers zum Erwerbe desselben nicht wirksam sein könne, ist also hier keine Rede.

Wenn somit diese Stellen keine Schwierigkeit in den Weg legen, den Ausspruch der L. 62. und 49. §. 2. citt. festzuhalten, so wird dieser andererseits noch bestätigt durch Theophilus zu §. 4. J. de legat. II. 20., welcher den Fall, wenn nur dem Legatar das commercium fehlt, ganz auf gleiche Linie stellt mit dem, wenn die Sache schlechthin dem Verkehr entzogen ist, und in beiden Fällen gleichmäßig das Vermächtniß für ganz wirkungslos erklärt:

Εἰ δέ τις τελευτῶν τοιοῦτον μοι ληγατεύσῃ, πρᾶγμα, ἐφ' ᾧ κομμέρκιον οὐκ ἔχω, τουτ' ἔστι δίκαιον τοῦ κτᾶσθαι αὐτὸ, οὐ μόνον οὐκ ἐποφληθήσομαι αὐτο τὸ καταλειφθὲν, ἀλλ' οὐδὲ τὴν τούτου διατίμησιν ἀπαιτεῖν δυνήσομαι [10]).

10) In der Reitzischen Uebersetzung: Quod si quis moriens talem mihi rem legaverit, in qua commercium non habeo, id est ius possidendi eam, non solum non debebitur mihi ipsa res relicta, sed neque eius aestima-

Allein eine Stelle der Pandekten scheint die Beweiskraft der bisher angeführten zu brechen, und diese ist es, welche die größte Meinungsverschiedenheit über die vorliegende Frage veranlaßt und eine eigene Litteratur darüber hervorgerufen hat [11]). L. 40. D. de legat. I. (Ulp. lib. II. fideicomm.):

Sed si res aliena, cuius commercium legatarius non habet, ei, cui ius possidendi non est, per fideicommissum relinquatur, puto aestimationem deberi.

Nach dem vorliegenden Texte ist offenbar die Rede von dem Falle, wenn einem bezüglich der Sache erwerbunfähigen Legatar fideicommissarisch auferlegt ist, dieselbe einem Anderen, cui possidendi ius non est, zu verschaffen. Dem Letzten wird der Anspruch auf den Schätzungswerth zuerkannt. Darin scheint also dies als Regel vorausgesetzt zu sein, wenn der Vermächtnißnehmer nicht die ihm vermachte Sache selbst zu erwerben fähig ist. In den Basiliken ist die Stelle durch Abkürzung

tionem petere potero. Die Beispiele jedoch, die Theophilus zur Erklärung dieses Satzes anführt, sind nur solche, wo die Sache absolut extra commercium ist.

11) Die neueste Monographie darüber rührt von dem Sohne des Urhebers dieses Commentars her: J. C. Chr. Glück, diss. inaug. ad fragmentum Julii Pauli ex eius libro V. ad legem Jul. et Pap. quod extat in L. XLIX. §. 2. D. de legat. et fideicomm. II. sive de legato rei, cuius commercio legatarius destituitur. Erlangae 1817. Daselbst ist eine reichhaltige ältere Litteratur seit Cuiacius angeführt. Man vgl. in dieser Beziehung auch Püttmann, adversariorum iur. civ. lib. I. cap. III. (Lip. 1775.), und Mueller, Obs. ad Leyseri meditat. Tom. IV. obs. DXCIII. pag. 142 — 168. (Lipsiae 1791.).

gerabezu auf diesen einfachen Fall reducirt, indem sie sagen:

Ἐὰν ἀλλότριον πρᾶγμα ληγατευθῇ μοι, οὗτινος τὴν κτῆσιν οὐκ ἔχω, οὔτε δύναμαι αὐτό νεμηθῆναι, τὸ τίμημα λαμβάνω [12]).

So nun scheint diese Stelle in Widerstreit mit L. 62. und L. 49. §. 2. citt. zu stehen, und diesen Widerstreit hat man in sehr verschiedener Weise zu lösen versucht.

Einige wollen durch Textänderung helfen. In L. 49. §. 2. cit. hat man vorgeschlagen, statt *merito* zu lesen *immerito*, wornach darin die Ansicht des Trebatius gebilligt, also als Regel anerkannt wäre, daß dem Legatar, der rei legatae commercium non habet, die Aestimatio gebühre, da ihm die Sache selbst doch jedenfalls nicht gegeben werden kann [13]). Allein diese Textänderung kann schon aus dem Grunde nicht zugelassen werden, weil sie Paulus mit sich selbst in Widerspruch bringt; denn in L. 62. cit. spricht dieser dasselbe aus, was er dort als Meinung des Fulcinius

12) Si res aliena mihi legata sit, cuius commercium non habeo, quamque possidere non possum, aestimationem consequar. Basilic. lib. XLIV. 1. c. 39. (Heimbach Tom. IV. pag. 335.). Doch wird von Manchen auch L. 40. cit. eben so verstanden, indem sie construiren: *si res aliena, cuius commercium legatarius non habet, ei* (scilicet: legatario), *cui* (ut iam dictum) *ius possidendi* (i. e. ius commercii) *non est* etc. Duaren. ad L. 40. cit. Mueller l. c. pag. 159. — sehr gekünstelt und verwerflich, weil dann ja eben nicht ein legatarius, sondern ein fideicommissarius, qui commercium non habet, vorhanden wäre.

13) So bemerkt D. Gothofred. in nota ad h. l. „Immo *immerito*;" und dies vertheidigt Mueller l. c. pag. 162.

gegen Trebatius billigt; daher ist ganz ohne Gewicht, was Müller zur Unterstützung der Emendation anführt: Deinde non credendum, Paulum Trebatii partes deseruisse et Fulcinium, obscurae memoriae hominem, sequutum esse, quum alias quam saepissime Trebatii sententiam adsumserit. Ohnehin ist bekannt, daß Paulus auch bedeutenderen Rechtsgelehrten, als Trebatius war, gegenüber, z. B. Labeo und Papinianus, nicht selten sich erkühnte, abweichender Meinung zu sein.

Andererseits suchte Cuiacius durch Emendation der L. 40. cit. zu helfen, indem er das *non* nach *ius possidendi* tilgte [14]), und in demselben Sinne verwandelte Cannegieter [15]) das *non* in *modo*. Darnach würde L. 40. cit. nur eine Anwendung der Regel enthalten, die in L. 49. §. 3. D. de legat. II. (S. 100. Anm 99.) ausgesprochen ist, und der Widerstreit wäre beseitigt. Es ist daher begreiflich, daß jene Emendation bei Vielen Anklang gefunden hat [16]). Allein die Tilgung einer Negation ist immer eine gewaltsame Textverbesserung und hat daher auch in diesem Falle scharfen Tadel erfahren [17]). Dazu kommt, daß die Verfasser der Basi-

14) Cuiac. Notae ad Inst. II. 20. §. 4. (opp. ed. Neap. Tom. I. col. 127.) und Comm. ad tit. Dig. de verb. obl. L. 34. (ibid. col. 1185.).

15) Comm. ad Ulpiani fragm. pag. 111.

16) Z. B. Vinnius ad §. 4. J. de legat. II. 20. Westenberg princ. iur. lib. XXX—XXXII. §. 35. und so auch Hellfeld §. 1518. not. d.

17) Duarenus ad L. 40. cit. sagt: Possum etiam si velim demere negationem; sed metuo poenam legis Corneliae de falsis. Ego praeterea non didici aientia pro negantibus aut negantia pro aientibus ponere. Studeo

liken nach S. 107. Anm. 12. ohne Zweifel den Text: „cui ius possidendi *non* est," vor sich gehabt haben, was dieser Lesung der L. 40. cit. eine erhebliche Unterstützung gewährt. Eine andere Emendation, wofür man sich umgekehrt gerade auf die Basiliken berufen zu können glaubte, nämlich *et cui* zu lesen statt *ei cui* [18]), verdient vollends keine Beachtung, weil sie eine ganz unleidliche Satzbildung ergiebt [19]).

So haben denn Andere ohne Textänderung durch Interpretation den scheinbaren Widerspruch auszugleichen sich bemüht.

Duaren sieht in L. 40. cit. die Regel für das Fideicommiß, in L. 49. §. 2. cit. die für das Legat, und betrachtet nun für das Justinianische Recht die erste als die entscheidende [20]). Allein abgesehen davon, daß

ius civile, quantum in me est, interpretari, non corrumpere. Vgl. Donell. ad L. 34. D. de V. O. a. E. Wie sonst oft, so auch hier befehden sich die gleichzeitigen Koryphäen der Rechtswissenschaft, ohne Namen zu nennen.

18) J. G. Hoffmann, meletem. ad Pand. diss. XXV. §. 5.

19) Wernher, comm. in Pand. lib. XXX. §. 25. Glueck l. c. pag. 58. sq. „quae verba inania ac redundantia! quis in constructione verborum hiatus! quae oratio hiulca!"

20) Mit Unrecht führt Mueller l. c. pag. 145. die Meinung des Duarenus so an, als ob dieser die Unterscheidung auch noch für das Justinianische Recht mache; er sagt am Schlusse seiner Erklärung ausdrücklich das Gegentheil. Uebrigens stimmten auch ihm Manche bei; so noch Wening-Ingenheim V. §. 68. Anm. f. und Mühlenbruch in den ersten Auflagen seiner doctrina pandect., nicht mehr in der vierten, nachdem Schrader in der Tübinger Zeitschr. IV. S. 400. mit Beziehung

Duaren dabei die oben S. 107. Anm. 12. angeführte verwerfliche Interpretation der L. 40. cit. zum Grunde legt [21]), wird dadurch der Widerspruch eigentlich nicht gehoben, sondern bleibt für die Compilatoren der Vorwurf bestehen, nach Justinianischem Rechte Widersprechendes aufgenommen zu haben und zudem Inconsequentes; denn wenn als der eigentliche Grund der Ungültigkeit des Legats nach L. 39. §. 7. D. de legat. I. (S. 98. Anm. 92.) die Unmöglichkeit der auferlegten Leistung anerkannt werden muß, so konnte in dieser Beziehung ein Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen nicht wohl gemacht werden. Zudem wissen wir jetzt aus Gai. II. 262., daß sogar bei dem vollkommen gültigen Fideicommiß einer fremden Sache von Manchen bezweifelt wurde, ob der Fideicommissar auf die Aestimatio Anspruch machen könne, wenn nur der Eigenthümer die Sache nicht verkaufen wollte, was doch dem Legatar zu Folge des Damnationslegats unbestritten zugestanden wurde.

Andere wiederum, im Resultate mit Duaren übereinstimmend, nehmen einen Widerspruch zwischen Ulpian und Marcian einerseits, Paulus andererseits an, ziehen aber, für das Justinianische Recht die mildere

auf Glück's Dissertation (S. 106. Anm. 11.) Duaren's Ansicht als völlig unhaltbar bezeichnet hatte. Sehr entschieden hatte schon früher dieselbe angefochten Beausin ad L. 40. cit. in Branchu obs. I. pag. 197. sq. cap. II.

21) Mit Recht bemerkt Vinnius a. a. O. gegen Duarenus, dem non placet confidentia Cuiacii (vgl. S. 108. Anm. 17.): „Sed cui placere poterit Duareni explicatio, verba illa, *cui ius possidendi non est*, referentis ad legatarium, qui Duareno idem est ille, cui per fideicommissum relinqui dicitur? Quis non videt, tunc totum illud, *cui possidendi ius non est*, abundare?

Ansicht der ersten vor [22]), oder behaupten, die L. 49. §. 2. und L. 62. cit. seien, ebenso wie Theophilus' Erklärung zu §. 4. J. cit., nur auf die absolut dem Verkehr entzogenen Sachen zu beziehen, obwohl der Ausdruck dagegen spricht [23]). Donellus dagegen unterscheidet zwischen dem Vermächtnißnehmer, qui commercium rei legatae non habet, und demjenigen, cui ius possidendi non est, indem er unter dem letzten einen solchen versteht, der nach L. 114. §. 5. D. de legat. I. (S. 102. fg.) ob aliquam probabilem causam sine delicto tamen et interdictione legis rem habere et possidere non possit, und erklärt die L. 40. cit. z. B. durch den Fall, wenn einem Juden ein christlicher Sklave (cuius commercium non habet) vermacht und dabei auferlegt sei, denselben einem Christen zu restituiren, dieser aber den Sklaven nicht besitzen könne, weil der letzte unter Bedingung der Exportation verkauft worden war (S. 103. Anm. 6.). In diesem Falle habe der Fideicommissar Anspruch auf den Schätzungswerth, während das Legat an den Juden an sich, falls ihm nicht die Restitution des Sklaven auferlegt wäre, schlechthin nichtig sein würde [24]). Allein auch diese Erklärung ist unbefriedigend, einmal weil darin der Ausdruck *cui*

22) Beausin l. c. pag. 217. sqq. Puettmann l. c. pag. 61. sq.

23) Lauterbach, coll. pract. ad tit. de legatis. §. 18. Heinecc. ad leg. Jul. et Pap. Popp. III. cap. 4. pag. 408. Giphanius, antinom. II. 19. th. 10.

24) Donell. ad L. 34. D. de V. O. XLV. 1. Ihm stimmt bei Janus a Costa ad §. 4. J. de legat. II. 20. Cocceji ius controv. lib. XXX—XXXII. quaestio XIV. Maiansius, disputat. Nr. XX. Tom. I. pag. 351. sq.

ius possidendi non est willkürlich gedeutet wird, sodann, weil die L. 40. cit., offenbar nur ein Bruchstück einer theoretischen Erörterung, nicht Beurtheilung eines concreten Falles, darnach wunderlich complicirt erscheint, um zwei ganz verschiedene Regeln (S. 97. Anm. 90. fg., S. 100. Anm. 99. fg.) zugleich anzuwenden [25]).

Eine andere Unterscheidung, die man zu Hülfe genommen, ist die: es komme darauf an, ob der Legatar kraft eines gesetzlichen Verbotes [26]), oder insbesondere aus einem Grunde, der ihm zur Unehre gereicht [27]), vom Erwerbe der Sache selbst ausgeschlossen sei oder aus anderem Grunde diese nicht erwerben könne; oder das entscheidende Moment sei das, ob der Erblasser unkundig des Erwerbhindernisses oder in Kenntniß desselben das Vermächtniß angeordnet habe [28]), wornach denn das Vermächtniß bald völlig wirkungslos, bald den Anspruch auf den Schätzungswerth zu begründen geeignet sein

25) Wenn Mueller l. c. pag. 159. noch als entscheidenden Beweis der Unrichtigkeit jener Unterscheidung und der Identität der Ausdrücke: „qui commercium non habet" und „cui ius possidendi non est" die Stelle des Theophilus a. a. O. (S. 105. Anm. 10.) anführt, so ist das freilich verfehlt; er hat sich nur auf die ungenaue Uebersetzung verlassen: „ius possidendi" für „δίκαιον τοῦ κτᾶσθαι," was vielmehr „ius acquirendi" zu übersetzen wäre. Dagegen die Basiliken (S. 107. Anm. 12.) verstehen das „Nichtbesitzenkönnen" geradezu als gleichbedeutend mit „commercium non habere" oder als Folge des Letzten. — Vgl. übrigens noch unten S. 116. Anm. 32.

26) Janus a Costa ad §. 4. J. de legat. II. 20. van Eck, ad Dig. h. t. §. 18.

27) Fr. Balduin. ad §. 4. J. l. c. Mueller l. c. pag. 159.

28) Joh. Robertus, animadv. iur. III. cap. 11.

soll: Unterscheidungen, wozu die widerstreitenden Stellen keinen Anlaß bieten.

Mehr Beifall hat in der neuesten Zeit die Ansicht gefunden, welche der jüngere Glück in der oben (S. 106. Anm. 11.) angeführten Dissertation, nach vorgängiger Sichtung der älteren Litteratur, gründlich ausgeführt und vertheidigt hat [29]). Sie erkennt in dem Ausspruche des Paulus in L. 49. §. 2. cit. die Regel: das Vermächtniß einer Sache, cuius commercium legatarius non habet, ist ungültig. Diese Regel kommt ohne weiters zur Anwendung, wenn eine Sache der Erbschaft oder des Erben vermacht ist, indem alsdann die Verpflichtung des Onerirten auf die Gewährung der Sache selbst gerichtet, diese aber wegen der Erwerbunfähigkeit des Bedachten nicht möglich ist. Eine Ausnahme aber erleidet die Regel, wenn die Sache eines Dritten vermacht ist, wobei zur Wirksamkeit des Vermächtnisses vorausgesetzt wird, daß der Erblasser gewußt habe, die Sache gehöre einem Dritten. Hier ist Regel, daß dem Vermächtnißnehmer der Werth gebühre, wenn der Eigenthümer die Sache gar nicht oder nur zu ungebührlich hohem Preise verkaufen will (§. 1518. c.). Dies muß nun schon von vornherein bei einem solchen Vermächtnisse als möglich gedacht werden, und so erscheint dasselbe eigentlich als ein Vermächtniß des Werthbetrages, wobei nur noch nebenbei die Hoffnung für den Vermächtnißnehmer begründet sein soll, „die Sache selbst wo möglich zu bekommen.“ Wenn nun auch im einzelnen

29) Ihm stimmen im Wesentlichen bei Roßhirt I. S. 224—236. Vangerow §. 225. Anm. 1. (7. Aufl. II. S. 432. fg.). Arndts im Rechtslexikon VI. S. 294. Anm. 110. Brinz, Pand. §. 208. S. 871. Bering, Erbr. S. 688. fg. Anm. 3—8. Tewes, Erbr. II. S. 258. fg.

Falle diese Hoffnung, nicht wegen Weigerung des Eigenthümers, sondern wegen Erwerbunfähigkeit des Vermächtnißnehmers, nicht in Erfüllung gehen kann, so ist es doch immer möglich, ihm den Werth der Sache zu geben, und darauf hat er denn jedenfalls Anspruch, wenn nicht der Wille des Erblassers erweislich entgegen steht. So namentlich Roßhirt und Vangerow a. a. O.

Allein man geht zu weit, indem man allgemein als leitenden Gesichtspunkt annimmt, daß das Vermächtniß der Sache eines Dritten eigentlich als Vermächtniß eines Werthbetrages, dessen Höhe nur durch die Sache sich bestimme, zu betrachten sei. Das wird von dem Vermächtniß einer Militia und tessera frumentaria gesagt; allgemein ist es durch keinen Ausspruch der Quellen begründet; vielmehr spricht gerade die Stelle, welche es in Bezug auf die tessera aussagt, dagegen, indem sie aus deren besonderer Natur eine Consequenz zieht, die bei dem Vermächtnisse einer anderen fremden Sache gerade nicht Platz greift [30]); und sowohl aus der Intention der Klage aus dem Damnationslegat wie aus den betreffenden Aeußerungen der Quellen geht vielmehr hervor, daß man allerdings das Geben der Sache selbst als den nächsten und eigentlichen Inhalt der Obligatio des Onerirten im letzten Falle ansah. Mit Recht drückt sich daher Brinz a. a. O. vorsichtig aus: „wo man

30) L. 87. pr. D. de legat. II. Paulus beantwortet hier die Frage, ob Derjenige, welchem eine tessera frumentaria vermacht worden, noch etwas fordern könne, wenn er vorher schon ex causa lucrativa anderweitig dieselbe erworben hatte? und entscheidet: ei de quo quaeritur pretium tesserae praestandum, quoniam tale fideicommissum magis in quantitate quam in corpore consistit. Vgl. dagegen §. 6. J. de legat. II. 20.

annehmen kann, daß aestimatio vermacht werden wollte, da soll das Vermächtniß auch hier gültig sein," durch die nachfolgenden Allegate freilich andeutend, daß er den Fall des Vermächtnisses einer fremden Sache, cuius commercium legatarius non habet, dahin zähle. Daß jener Wille des Erblassers, wo er erkennbar ist, zu beachten sei, ist wohl nicht zu bestreiten; aber daß er in jenem Falle in der Regel ohneweiters anzunehmen sei, ist damit noch nicht ausgemacht. Daß nun in dem Falle der L. 40. cit. dem Fideicommissar der Schätzungswerth zugesprochen wird, ist durch die besondere Eigenthümlichkeit dieses Falles zu erklären. Das Fideicommiß ist einem Legatar auferlegt, dem das commercium rei fehlt. In diesem Falle, wo der Onerirte commercium non habet, wird nach L. 49. §. 3. D. de legat. II. die Aestimatio als Gegenstand des Vermächtnisses angesehen. Nun kann es weiter nicht mehr in Betracht kommen, daß auch dem Fideicommissar ius possidendi non est, da dieser die Aestimatio zu empfangen jedenfalls fähig ist. So wird die L. 40. cit. von Puchta[31]) erklärt, und der Widerstreit derselben mit L. 49. §. 2. ohne Emendation beseitigt, und dieser Erklärung schließe ich mich an, muß jedoch gestehen, daß die Emendation des Cuiacius immerhin noch ein befriedigenderes Resultat ergeben würde, nämlich vollkommene Uebereinstimmung der L. 40. auch mit L. 49. §. 3. cit., in welcher Paulus mit Proculus nur dann, si quis heredem suum eum fundum, cuius commercium is heres non habeat, dare iusserit *ei, qui eius com-*

31) Vorlesungen über das heut. R. R. II. §. 528. Beistimmend Arndts, Pand. §. 547. not. e. Mommsen, a. a. O. S. 140. Anm. 1.

mercium habeat, dem Legatar den Anspruch auf den Schätzungswerth zuerkennt, also (arg. a contrario) der Meinung zu sein scheint, daß dieser Anspruch nicht stattfinde, wenn auch dem Legatar das Commercium in Ansehung der Sache fehle.

Uebrigens darf man den Fall der L. 40. cit. jedenfalls nicht so sich denken, als ob dieselbe Sache zuerst dem Legatar vermacht und diesem dieselbe zu restituiren fideicommissarisch auferlegt sei. So construirt den Fall Donellus a. a. O. [32]). Aber die L. 40. cit. gibt dazu keinen Anlaß; sie setzt nur den Fall, daß einem Legatar, dem nämlich sonst irgend etwas vermacht ist, auferlegt sei, einem Anderen eine Sache, cuius commercium legatarius non habet, zu geben. Und des Donellus Erklärung mischt einen Satz ein, der als unrichtig verworfen werden muß. Wenn der Legatar nicht das Commercium der vermachten Sache hat, so ist das Legat, nach des Donellus wie nach der oben vertheidigten Ansicht, ungültig. Weil er nun nicht honorirt ist, kann er auch nicht onerirt sein, und somit ist auch das ihm auferlegte Fideicommiß hinfällig. Nun behauptet zwar Donellus, wenn der Legatar die Sache nicht behalten, sondern nur den Uebergang derselben auf den erwerbfähigen Fideicommissar vermitteln solle, so stehe seine eigene Erwerbunfähigkeit der Wirksamkeit des Legats nicht im Wege. Er beruft sich auf L. 42. D. de legat. II. (Javolen. lib. XI. epistol.):

> Quum ei qui partem capiebat, legatum esset, ut alii restitueret, placuit, solidum capere posse.

Aber diese Stelle bezieht sich unzweifelhaft nicht auf den Fall, da dem Legatar das commercium rei

32) S. Seite 111. Anm. 24. Vgl. auch Robert l. c. Perez ad Cod. de legat. VI. 37. §. 8.

fehlt, was sich pro parte nicht einmal denken läßt, sondern auf den Fall pro parte mangelnder Capacität, z. B. wenn der Legatar nach der lex Julia et Papia Poppaea als Kinderloser nur pro dimidia parte capere poterat. Der Mangel der Capacität bewirkte überall nicht Ungültigkeit der Erbeinsetzung oder des Vermächtnisses, sondern nur Verfall des Hinterlassenen an den zur Einziehung Berechtigten, den Vindicanten. Wenn nun dem pro parte incapax etwas hinterlassen war mit der Auflage, dasselbe einem Anderen zu restituiren, so war um so weniger Grund vorhanden, ihn nicht das Ganze erwerben zu lassen, als das Caducum ohnehin dem Vindicanten doch nur cum onere suo zukam. Ganz anders verhält es sich, wenn dem Legatar das Commercium fehlt. Hier ist das Legat, und zwar von Anfang an, ungültig, kann also auch nicht die Unterlage für ein Onus, das demselben auferlegt wird, abzugeben geeignet sein. Wenn man nun auch das, was L. 42. cit. von dem Falle theilweiser Incapacität sagt, auf den Fall völlig mangelnder Capacität anzuwenden sich berechtigt hält, so kann doch durchaus nicht für den Fall des mangelnden Commercium davon Gebrauch gemacht werden [33]). Dem Kinderlosen oder Ehelosen fehlte nicht das commercium rei legatae;

33) Vgl. dazu Cuiac. ad L. 42. cit. (Opp. tom. VII. col. 1178.). Dieser bezieht die Stelle ebenfalls auf das Verhältniß Kinderloser nach der Lex. Jul. et Pap.; läugnet aber die Anwendbarkeit derselben Bestimmung auf den Fall, wenn der Legatar in totum incapax sei; allein er verwechselt dabei den Mangel der testamenti factio und der bloßen capacitas, wie diese überhaupt früher nicht gehörig unterschieden wurden. Vgl. Mühlenbruch in diesem Comment. Bd. 39. S. 158. fg.

er sollte nur den Gewinn aus der testamentarischen Verfügung blos zur Hälfte oder gar nicht machen. Im Justinianischen Rechte ist der L. 42. cit. nur noch in Beziehung auf die Entreißung wegen Unwürdigkeit eine praktische Bedeutung beizulegen, namentlich in dem Falle, wo dem Legatar das Vermachte nur zum Theile wegen Unwürdigkeit entzogen wird [34]).

Mit der jetzt besprochenen Streitfrage steht eine spezielle Frage in Verbindung, die noch eine besondere Litteratur aufzuweisen hat; die Frage nämlich, welche Wirkung das Vermächtniß eines Lehengutes habe? auf welche jedoch hier nicht näher eingegangen werden kann [35]).

In neueren Gesetzgebungen ist übrigens die obige Streitfrage in billigem Sinne zu Gunsten des Vermächtnißnehmers entschieden. So sagt das preuß. Landr. I. 12. §. 452.:

> „Ist Jemanden eine Sache vermacht worden, zu deren Besitz derselbe, vermöge seines Standes, unfähig ist, so muß ihm der Erbe so viel Recht daran einräumen, als er nach den Gesetzen erlangen kann,"

und §. 455.:

> „Ist die Sache so beschaffen, daß der Legatarius gar kein Recht an dieselbe erlangen kann, so hat der Erbe die Wahl, dieselbe für den gemeinen

34) L. 48. D. ad Sc. Trebell. XXXVI. 1. L. 5. Cod. de legat. VI. 37.

35) Vgl. Crell, diss. utrum feudo legato eius aestimatio debeatur? in dissert. fasc. VII. n. LVIII. Cocceji ius controv. lib. XXX—XXXII. cap. 14. in f. Mueller l. c. obs. DXCIV. pag. 169. Gebr. Overbeck, Meditat. Bd. IV. Nr. 244. S. 235. fg.

Werth zu behalten oder sie für Rechnung des Legatarii an einen Fähigen gerichtlich verkaufen zu lassen [36])."

Und das österreich. bürgerl. Gesetzb. §. 654.:

„Werden Sachen vermacht, die zwar im gemeinen Verkehr stehen, die aber der Legatar zu besitzen für seine Person unfähig ist, so wird ihm der ordentliche Werth vergütet [37]).

Dagegen das sächsische Gesetzb. §. 2407 — 2410. stellt darüber Bestimmungen auf, welche der consequenteren Auffassung des römischen Rechts nach der Ansicht des Paulus und Cuiacius [38]) entsprechen, jedoch mit einer erheblichen Milderung für den Fall, daß die Sache in der Erbschaft vorhanden ist, entsprechend dem eben angeführten §. 455. des preuß. Landrechts.

„Ist der Gegenstand des Vermächtnisses dem gemeinen Verkehre entzogen, so ist das Vermächtniß nichtig."

„Steht der Gegenstand des Vermächtnisses zwar im gemeinen Verkehre, ist derselbe aber dem Verkehre des Beschwerten entzogen, so ist das Vermächtniß gültig."

„Steht der Gegenstand des Vermächtnisses zwar im gemeinen Verkehre, ist derselbe aber dem Verkehre des Bedachten oder dem Verkehre sowohl des

36) Vgl. Gruchot I. S. 72. Dabei ist jedoch vorausgesetzt, daß die Sache sich in der Erbschaft vorfinde; es scheint also nicht dasselbe zu gelten, wenn die vermachte Sache eine fremde ist. §. 377. fg. ibid.

37) Vgl. Unger, Erbr. §. 60. Anm. S. 267. Dadurch „ist die gemeinrechtliche Controverse .... in einer Weise gelöst, welche zwar der richtigen Auffassung des R. R. nicht entspricht, aber in legislatorischer Hinsicht zu billigen ist."

38) Vgl. oben S. 102. 108. 115..

Bedachten als des Beschwerten entzogen, so ist das Vermächtniß nichtig, ausgenommen, wenn dessen Gegenstand in der Erbschaft vorhanden ist, welchenfalls der Bedachte auf den Preis Anspruch hat, welcher durch Veräußerung des Gegenstandes erlangt wird."

Hiernach ergibt sich für den Fall des §. 2410. gerade das Entgegengesetzte von Demjenigen, was nach Glück's Ausführung jetzt von den Meisten als Lehre des römischen Rechts vorgetragen wird (S. 113. Anm. 29.).

§. 1518. b.

Gegenstand des Vermächtnisses. — Insbesondere Sachen der Erbschaft.

Ein vorzüglich wichtiger und häufiger Gegenstand von Vermächtnissen sind Sachen, welche selbst, d. h. deren Eigenthum, zum Vermögen des Erblassers gehörten und so nach dessen Tode in seinem Nachlasse sich befinden, res hereditariae. Ein Vermächtniß dieser Art kann in einem vorzüglichen Sinne eine delibatio hereditatis [39]) genannt werden, indem die Sache buchstäblich aus der Erbschaft, nicht blos auf Kosten derselben gewährt wird; man kann es auch in einem vorzüglichen Sinne Eigenthumsvermächtniß nennen, indem in Folge dessen dem Vermächtnißnehmer unmittelbar aus der Erbschaft, ohne Uebertragung durch den Erben, das Eigenthum der vermachten Sache erworben werden kann. In dieser Beziehung kommt es nach Justinianischem Rechte nicht mehr darauf an, in welcher Weise die Sache hinterlassen ist, auch nicht darauf, ob die Sache schon zur Zeit der Anordnung des Vermächtnisses dem Erb-

39) L. 116. pr. D. de legat. I.

lasser gehörte, wie es bei dem Vindicationslegat des älteren Rechts der Fall war; der entscheidende Umstand ist lediglich, daß sie zu dem Vermögen des Erblassers im Zeitpunkte seines Todes gehörte; alsdann hat es jene Folge [40]; ja auch dann kann dieselbe eintreten, wenn die Sache zur Zeit des Todes noch res futura ist, und erst später aus einer Sache der Erbschaft hervorgeht oder zu derselben als Zuwachs hinzukommt [41]. Ueber den Zeitpunkt, wann dieser Erwerb des Eigenthums für den Vermächtnißnehmer eintrete, so wie über dessen Wirkung vergleiche unten §. 1525. 1528. Das Vermächtniß einer Sache der Erbschaft aber erstreckt sich nicht nur auch auf dasjenige, was nachher bis zum Tode des Erblassers oder nach demselben als erweiternde Nebensache zu der vermachten Hauptsache hinzukommt, z. B. zu dem vermachten Grundstücke durch

40) Vgl. oben S. 17. fgg., S. 58. fgg.

41) Vgl. oben S. 97. Anm. 87. 88. In den hier angeführten Stellen wird dies zwar nicht ausdrücklich gesagt, und in L. 24. D. de legat. I. wird in einem Falle, wo die Hauptsache zur Erbschaft gehörte, doch nur die Formel des Damnationslegats angeführt; per vindicationem konnte nach älterem Rechte eine res futura nicht vermacht werden. Aber nach L. 1. Cod. commun. de legat. VI. 63. muß auch hier unmittelbarer Uebergang des Eigenthums behauptet werden. Denn wenn auch die dadurch eingeführte in rem actio nur auf res, quas a testatore heres consecutus est, zu beschränken ist, so sind doch darunter auch Sachen, welche lediglich als Accessio einer vom Erblasser hinterlassenen Hauptsache erscheinen, mit zu begreifen. Anderer Meinung jedoch ist Roßhirt II. S. 152.; unter Berufung auf Gai. II. 203. bemerkt er, ein solches Legat könne nur als Forderungslegat erscheinen.

Alluvion oder Entstehung einer Insel [42]), oder durch Bauten auf dem Grundstücke [43]), und nicht nur auf dasjenige, was der Erblasser zur Zeit der Anordnung des Vermächtnisses als Zubehör der bezeichneten Hauptsache behandelt hat, z. B. einen Hofraum oder Garten oder einen Nebenbau zu dem vermachten Hause [44]), sondern auch auf dasjenige, was derselbe erst später in solcher Weise oder einfach als Vergrößerung dem vermachten Gegenstande hinzufügt. So sagt Pomponius in L. 24. §. 2. D. de legat. II.:

Si quis post testamentum factum fundo Titiano

42) L. 16. D. de legat. III.

43) L. 39. D. de legat. II. L. 44. §. 4. D. de legat. I. Jedoch setzt die letzte Stelle vorsichtig hinzu: nisi testator mutavit voluntatem. Zu widersprechen scheint aber L. 79. §. 2. D. de legat. III. Area legata si inaedificata medio tempore fuerit, ac rursus area sit, quamquam tunc peti non poterat, nunc tamen debetur. Manche nehmen daher eine Meinungsverschiedenheit unter den römischen Juristen an, mit Cuiac. ad L. 83. D. de V. O. (opp. I. col. 1219.); Andere suchen in verschiedener Weise den Widerspruch zu lösen. Merenda, controv. IV. cap. 19. Schulting, notae ad h. l. In der That verschwindet dieser, wenn man nur den Zwischensatz „*quamquam* etc." so versteht: „wenn gleich in der Zwischenzeit aus irgend einem Grunde die Area nicht gefordert werden konnte," was z. B. nach dem Willen des Erblassers im einzelnen Falle leicht anzunehmen sein kann, z. B. wenn er eben nur einen Bauplatz, namentlich etwa eine fremde Area vermachen wollte, diese aber inzwischen durch den Eigenthümer bebaut worden ist. Vgl. Gebr. Overbeck, Meditat. Nr. 513. Bd. 10. S. 235. fg. Puchta, Vorles. II. §. 539. Unger, Erbr. §. 67. Anm. 7.

44) L. 91. §. 5. 6. D. de legat. III.

legato partem aliquam adiecerit, quam fundo Titiano destinaret, id quod adiectum est, exigi a legatario potest; et similis est causa alluvionis; et maxime, si ex alio agro, qui fuit eius, quum testamentum faceret, eam partem adiecit.

Dagegen wird auch nach L. 24. §. 3. ibid. der Gegenstand des Vermächtnisses gemindert, wenn der Erblasser einen Theil davon bei seiner Lebzeit abgeschieden hat: si ..... ex fundo Titiano aliquid detraxit et alii fundo adiecit.

Ist die vermachte Sache durch den Erblasser später in ihrer Substanz verändert worden, z. B. durch Reparaturen, so kommt es darauf an, ob die Sache, so wie sie im Nachlasse sich vorfindet, der Wesenheit nach noch als dieselbe Sache, welche ursprünglich vermacht worden, angesehen werden kann. So z. B. sagt L. 24. §. 4. D. l. c.:

Si navem legavero et specialiter *meam* adscripsero, eamque per partes totam refecero *carina eadem manente*, nihilominus recte a legatario vindicaretur [45]).

Darnach würde also ein von Grund aus neues, wenn auch etwa mit Verwendung einzelner Bestandtheile des alten erbautes und vollends ein ganz neu angeschafftes Schiff vom Legatar nicht begehrt werden können. Indessen wird dabei doch zu erwägen sein, ob nicht nach den besonderen Umständen vielmehr als Wille des Erblassers zu erkennen sei, daß der Legatar dasjenige Schiff haben solle, welches jener bei seinem Tode hinterläßt [46]).

45) Vgl. dazu Freher parerg. s. virisimil. II. 21. in Otton. thes. I. col. 933. sq. Cuiac. u. Duaren. ad h. l.

46) Vgl. L. 6. D. de legat. I. „Stichus qui meus erit, quum moriar", und: „Stichus, qui meus est."

Wenn z. B. ein Fischer „sein Schiff" einem seiner Söhne vermacht und vor seinem Tode ein neues Schiff anstatt des verbrauchten alten angeschafft hat, so wird man unbedenklich nunmehr dieses als vermacht anzusehen haben. Die Entscheidung der L. 24. §. 4. cit., insofern sie argumento a contrario die Vindication des neuen Schiffes, non manente eadem carina, ausschließt, ist nur vom Standpunkte des alten Vindicationslegats vollkommen richtig, weil dieses voraussetzte, daß die vermachte Sache schon zur Zeit der Anordnung des Legats sich im Eigenthum des Erblassers befand. Da es nach Justinianischem Rechte darauf überall nicht mehr ankommt, so fragt sich nur, ob der Wille des Erblassers auf das Vermächtniß derjenigen unter den angegebenen Begriff fallenden Sache, welche er als die seinige hinterlassen werde, gerichtet sei. Hätte er aber das Schiff genauer als ein individuell bestimmtes zur Zeit ihm gehöriges bezeichnet oder beschrieben, so würde das Vermächtniß keinen Gegenstand mehr haben, wenn nicht dieses selbe Schiff seinem Hauptbestandtheile nach noch vorhanden wäre [47]); und können nun auch nicht die etwa noch vor-

47) Anstatt *meam* lesen die Vulgathandschriften und Haloander *eam*, und nach der Anmerkung in der Gebauerischen Ausgabe gab auch Brenkmann dieser Lesart den Vorzug. Darnach würde die Stelle gerade diesen letzten Fall betreffen, wo das Schiff speciell, z. B. durch seinen Namen, bezeichnet war. Aber zu *eam* scheint das *adscripsero* nicht recht zu passen; man sollte eher *descripsero* oder *demonstravero* erwarten. Liest man mit der Florentina: et specialiter „*meam*" adscripsero, so liegt in der Beifügung dieses Possessivum die demonstratio; jedoch freilich nur dann „*Meam* demonstratio certa est, si forte unam tantum habeat." Duaren. l. c.

handenen Bestandtheile des ehemaligen Schiffes begehrt werden: L. 88. §. 2. D. de legat. III.

Nave autem legata dissoluta, neque materia neque navis debetur.

Aehnlich verhält es sich mit einem vermachten Hause nach L. 65. §. 2. D. de legat. III.

Si domus fuerit legata, licet particulatim ita refecta sit, ut nihil ex pristina materia supersit, tamen dicemus utile manere legatum; at si ea domo distructa, aliam eodem loco testator aedificaverit, dicemus interire legatum, nisi aliud testatorem sensisse fuerit approbatum.

Auch hier kommt es auf die Umstände an, ob nicht jedenfalls das eben vorhandene Haus als vermacht anzusehen sei, und fragt es sich noch, ob nicht das Gebäude als Grundstück vermacht ist, in welchem Falle auch der nach Zerstörung des Gebäudes übrig bleibende leere Platz immer noch Gegenstand des Vermächtnisses bleibt [48]).

Das Vermächtniß einer Sache der Erbschaft gibt in der Regel dem Vermächtnißnehmer auch nur Anspruch auf das Eigenthum der Sache, so wie es in der Erbschaft besteht, also mit den Beschränkungen, welche ihm anhaften, z. B. Grunddienstbarkeiten; es bedarf einer besonderen Willenserklärung, damit er Befreiung von denselben verlangen könne [49]), und so muß er auch die Servituten sich gefallen lassen, welche dem Vermächtnißträger selbst vor dem Erbfall an dem vermachten Grundstücke zustanden, so wie er andererseits auch Anspruch hat

48) L. 22. D. de legat. I. Vgl. Unger a. a. O.

49) L. 69. §. 3. D. de legat. I. Si fundus, qui legatus est, servitutem debeat impositam, qualis est, dari debet. Quodsi ita legatus sit: *uti optimus maximusque*, liber praestandus est. Vgl. L. 75. D. de evict. XXI. 2.

auf den Fortbestand der Servitutrechte, die mit dem vermachten Grundstücke verbunden waren, auch wenn sie an einem dem Vermächtnißträger gehörenden Grundstücke bestanden. So sagt L. 116. §. 4. D. de legat. I.:

Fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est, itaque sive ipse fundo heredis servitutem debuit, sive ei fundus heredis, licet confusione dominii servitus extincta sit, pristinum ius restituendum est, et nisi legatarius imponi servitutem patiatur, petenti ei legatum exceptio doli mali opponetur; si vero fundo legato servitus non restituetur, actio ex testamento superest.

Der Verfasser dieser Stelle (Florent. lib. XI. institut.) hat ein Damnationslegat vor Augen, in Folge dessen das Eigenthum der vermachten Erbschaftssache nicht unmittelbar dem Legatar erworben wurde, sondern zunächst auf den Erben überging. Wenn nun dieser Eigenthümer eines Grundstückes war, welchem gegen das vermachte Grundstück oder gegen welches dem letzten eine Servitut zustand, so war diese in Folge jenes Eigenthumserwerbs durch Confusio erloschen. Aber es wird anerkannt, daß in dem einen Falle der Erbe, in dem andern der Legatar die Wiederherstellung (nach älterem Rechte durch in iure cessio, beziehungsweise mancipatio) der Servitut erwirken könne, in dem einen Falle durch doli exceptio gegen die Klage aus dem Damnationslegat, im andern Falle durch diese Klage selbst[50]). Insofern aber, nach älterem Rechte zufolge des Vindicationslegats, nach Justinianischem Rechte überhaupt zufolge des Vermächtnisses einer Erbschaftssache das Eigenthum unmittelbar auf den Vermächtnißnehmer übergeht, ohne

50) Vgl. auch L. 18. D. de servitut. VIII. 1.

dazwischen liegenden Eigenthumserwerb des Erben, tritt jene Confusio gar nicht ein, und bedarf es daher auch nicht erst einer Wiederherstellung der Servitut [51]).

Anders als der eben besprochene wird der Fall behandelt, wenn an der vermachten Sache einem Andern der Usufructus zusteht. Dieser ist zwar nicht eigentlich pars dominii [52]), aber doch in multis casibus pars dominii est oder portionis instar obtinet [53]). Das Vermächtniß der Sache, an welcher einem Andern der Nießbrauch zusteht, wird daher nach gleichen Gesichtspunkten aufgefaßt, wie das Vermächtniß einer Sache, die nur zum Theile dem Erblasser, zum Theile einem Andern gehört. Dabei nun ist zu unterscheiden, wem der Usufructus zusteht? ob dem Erben, überhaupt dem Vermächtnißträger, oder einem Dritten, oder dem Vermächtnißnehmer selbst? sodann, ob der Erblasser von dem Bestehen desselben Kenntniß hatte oder nicht?

Wenn 1) dem onerirten Erben der Usufructus zustand, so wird dem Legatar das volle Eigenthum mit Beseitigung des Usufructus zugesprochen. So entscheidet L.26. D. de legat. II. (Marcell. lib. XVI. Digest.):

Is, cuius in servo proprietas erat, fructuario herede instituto, alicui eum servum legavit; non potest heres doli mali exceptione uti, si legatarius vindicare servum vellet non relicto heredi usufructu.

51) Vgl. Cuiac. ad L. 76. §. 2. D. de legat. II. in respons. Papin. lib. VII. (opp. IV. col. 1105.).

52) L. 25. D. de V. S. L. 16.; vgl. L. 33. §. 1. D. de usufr. VII. 1.

53) L. 4. D. de usufr. VII. 1. L. 76. §. 2. D. de legat. II. vgl. L. 58. D. de V. O. XLV. 1. Galvanus, de usufr. cap. XXVI. §. VI. Noodt, de usufr. I. cap. 2. Mandrea, diss. inaug. de usufructu quasi parte dominii. Berolini 1867.

Diese Entscheidung hat etwas Auffallendes. Marcellus scheint ein Vindicationslegat vorauszusetzen. Nun sollte man aber meinen, wenn dem Erblasser nur die nuda proprietas zustand, so könne auch nur diese per vindicationem gültig vermacht sein und auch nur diese der Legatar unmittelbar vindiciren, eben so wie er nur den dem Erblasser gehörenden Theil vindiciren könnte, wenn die Sache diesem und dem Erben gemeinschaftlich gehörte, und der Legatar könnte sich auch nicht darauf berufen, daß der Usus fruktus durch Confusio erloschen sei, wenn das Eigenthum unmittelbar vom Erblasser auf ihn übergegangen war, ohne Zwischenerwerb des Erben. Er hätte also nur deducto usufructu vindiciren können (fragm. Vat. §. 30.), oder, wenn er die Formula einfach auf „servum eius esse ex iure Quiritium" concipiren ließ, sich die Einfügung der exceptio doli oder „si non ius utendi fruendi ea re heredis est" gefallen lassen müssen. Aber es ist darin eine Einwirkung des senatusconsultum Neronianum nicht zu verkennen. Vermachte der Erblasser per damnationem eine ihm und dem Erben gemeinschaftliche Sache, so mußte dieses Legat zur einen Hälfte nach jenem Senatsbeschlusse als Damnationslegat aufrecht erhalten werden. Nach dieser Analogie wurde das Vindicationslegat, wodurch eine Sache des Erblassers, an welcher dem Erben der Nießbrauch zustand, vermacht worden, rücksichtlich des letzten als Damnationslegat aufgefaßt, kraft dessen der Erbe verpflichtet war, dem Legatar als neuem Eigenthümer seinen Usus fruktus zu opfern; und wenn nun der Legatar die ihm vermachte Sache schlechthin, non deducto usufructu, vindicirte, so konnte ihm der Erbe nicht auf Grund seines noch bestehenden Usus fructus eine Einrede entgegensetzen, obwohl er diesen noch nicht förmlich, durch

in iure cessio an den Legatar, aufgegeben hatte, weil er eben durch das Damnationslegat verpflichtet war, dies zu thun. Daraus aber ergibt sich, daß auch, wenn die Sache ausdrücklich per damnationem vermacht war, der Erbe für verpflichtet gehalten wurde, dieselbe befreit von dem ihm daran zustehenden Nießbrauche zu gewähren. Doch ist dabei natürlich vorauszusetzen, daß das Legat auf die Sache schlechthin und im Ganzen gerichtet war; hatte der Testator etwa gesagt: proprietatem servi do lego oder heres damnas esto dare, so wird es sicher keinem römischen Juristen eingefallen sein, zu behaupten, daß der Erbe auch hier auf seinen Nießbrauch an der Sache verzichten müsse.

Dieselbe Auffassung bestätigt, und zwar gerade im Gegensatze gegen die von Grunddienstbarkeiten geltende Regel, L. 76. §. 2. D. de legat. II. (Papin. lib. VII. respons.):

> Dominus herede fructuario scripto fundum sub conditione legavit; voluntatis ratio non patitur, ut heres ex causa fructus emolumentum retineat. Diversum in ceteris praediorum servitutibus, quas heres habuit, responsum est, quoniam fructus portionis instar obtinet.

Hier ist der Fall eines bedingten Legats gesetzt, nach welchem bis zur Erfüllung der Bedingung der Erbe als Eigenthümer die Sache hat und die Früchte davon zu ziehen befugt ist[54]). Wenn aber die Bedingung erfüllt ist, so kann er nun auch hier nicht unter Berufung auf sein Nießbrauchrecht den Fruchtgenuß dem Legatar vorenthalten[55]). Papinian gibt hier zugleich den Grund

54) L. 32. §. 1. D. de legat. II.

55) Ob er auch, wie Papinianus anzudeuten scheint, die

dieser Entscheidung an. Die Rücksicht auf den Willen des Erblassers (voluntatis ratio) ist es, wodurch er sie rechtfertigt, indem nicht anzunehmen ist, daß derselbe, wenn er eine Sache vermacht, den Nießbrauch des Erben, als welcher portionis instar obtinet, und durch welchen dem Legatar der Hauptvortheil des Legats vielleicht für lange Zeit entgehen würde, fortdauern lassen wolle. Eben deshalb aber ist man auch berechtigt, anders zu entscheiden, wenn im einzelnen Falle Grund gegeben ist, den Willen des Erblassers anders auszulegen, und würde man z. B. wohl auch dann jene Folge ausschließen dürfen, wenn das Recht des Erben sich nur auf einen kleinen Bestandtheil des vermachten Ganzen beschränkt, z. B. wenn der Gegenstand des Vermächtnisses ein Landgut des Erblassers wäre, von welchem nur ein einzelnes Grundstück dem Nießbrauch des Erben bisher unterworfen war. Uebrigens wird in diesem Falle nicht unterschieden, ob der Erblasser von dem Rechte des Erben Kenntniß hatte oder nicht; es kann aber gleichwohl dieser Umstand bei der Willensauslegung mit in Betracht kommen. Wenn dagegen

2) der Usus fructus einem Dritten zusteht, so ist dieser Umstand von erheblichem Einflusse. Diesen Fall betrifft L. 66. §. 6. D. de legat. II. (Papin. lib. VII. quaest.):

> Fundo legato si ususfructus alienus sit, nihilominus petendus est ab herede; ususfructus enim etsi in iure, non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet. Enimvero fundo relicto ob reliquas praestationes, quae legatum sequuntur,

pendente conditione schon gezogenen Früchte herausgeben müsse? Darüber vgl. unten §. 1526.

agetur, verbi gratia si fundus pignori datus vel aliena possessio sit. Non idem placuit de ceteris servitutibus [56]).

Auch hier ist aus gleichem Grunde anerkannt, daß das Vermächtniß der Sache schlechthin die Verpflichtung des Erben begründe, die Sache ganz, daher mit Ablösung des Usufructus, zu verschaffen, und wenn er das nicht vermag, so wird er dafür die Aestimatio zu zahlen haben. Es wird auch dabei nicht gesagt, daß es auf die Kenntniß des Erblassers ankomme. Allein nach Analogie der Grundsätze, welche von dem Vermächtnisse einer fremden Sache gelten (§. 1518. c.), und vollends nach Analogie dessen, was anerkannt ist, wenn die Sache mit dem Pfandrechte eines Dritten bestrickt ist (S. 135. fg.), muß als Regel angenommen werden, daß nur dann der Vermächtnißträger die Sache befreit von dem Nießbrauche des Dritten zu gewähren schuldig sei, wenn der Erblasser von dessen Bestehen Kenntniß hatte, gleichwohl aber die Sache schlechtweg ohne Beschränkung, nicht blos die ihm daran zustehende nuda proprietas vermachte [57]). Wenn endlich

3) der Nießbrauch dem Vermächtnißnehmer selbst zusteht, so bildet den Gegenstand des Vermächtnisses nur die nuda proprietas, und nur diese ist ihm zu gewähren. Der Fall ist nach Analogie des Vermächtnisses einer zum Theil dem Vermächtnißnehmer selbst gehören-

56) Die Worte *fundo relicto* sind, wie es scheint, zu deuten, nicht: „wenn ein Grundstück vermacht ist", sondern: „abgesehen von dem Eigenthum des Grundstücks, als dem Hauptgegenstande des Vermächtnisses."

57) Roßhirt II. S. 160. fg. Arndts im Rechtslexikon VI. S. 626. Anm. 380. Dernburg Pfandrecht I. S. 135. gegen Bachofen Pfandrecht I. S. 126.

den Sache (§. 1519.) zu beurtheilen. Was diesem schon gehört, hier der Nießbrauch, das kann ihm nicht erst durch das Vermächtniß zugewendet werden. Und selbst wenn er auch erst später vom Erblasser gegen einen Preis den Nießbrauch erworben hat, kann er deshalb keinen Ersatz verlangen, weil in jener Veräußerung des Nießbrauches eine theilweise Zurücknahme oder Beschränkung des Legats liegt. Wenn aber etwa der Legatar inzwischen den Nießbrauch dem Eigenthümer, nämlich dem Erblasser selbst, wieder überlassen hat, so ist nunmehr in Folge der Consolidation das volle Eigenthum Gegenstand des Vermächtnisses, sogar dann, wenn ursprünglich ausdrücklich nur die nuda proprietas vermacht worden wäre. Zwar sagt Roßhirt II. S. 158.: „Hatte der Legatar wohl zur Zeit der Anordnung den ususfructus, hat ihn aber später an den Eigenthümer veräußert, was er kann, so findet die Catonianische Regel Anwendung, und dasjenige, was ursprünglich ohne juristische Folgen war, kann durch dies postfactum keine neuen Rechtswirkungen erhalten." Aber offenbar unrichtig ist dies, wenn eine Sache des Erblassers vermacht ist, an welcher der Legatar den Nießbrauch hat. Man darf die Vergleichung des Ususfructus mit einer portio dominii nicht so weit treiben, daß man ihn getrennt von der nuda proprietas durchaus als selbständigen Gegenstand des Legats behandelt, und darüber nicht vergessen, daß das Legat der nuda proprietas für sich allein schon die Kraft in sich trägt, durch Consolidation das ius utendi fruendi an sich zu ziehen. Wenn der Erblasser eine Sache vermacht, die zur Hälfte dem Legatar gehört, so kann man sagen: das Legat ist zur Hälfte nichtig, und wenn nun auch der Legatar vor dem Tode des Erblassers seinen Antheil, selbst an diesen, veräußert, so

wird es nach der Catonianischen Regel dadurch nicht gültig. Wenn aber der Erblasser seine Sache vermacht, deren Eigenthum ihm allein, an welcher dem Legatar nur der Nießbrauch zusteht, so ist dieses Legat als Eigenthumsvermächtniß ganz gültig, es ist auch nicht theilweise nichtig; es ist nur von geringerem Inhalte, weil der Legatar den Nießbrauch daran schon hat, also nur die nuda proprietas dadurch gewinnen würde, wenn das Vermächtniß sofort in Wirksamkeit träte. Wenn nun aber bis dahin der Nießbrauch mit dem Eigenthum sich wieder vereinigt hat, z. B. durch capitis deminutio des Usufructuars oder durch Ablauf der Zeit, wofür der Ususfructus bestellt war, so kommt dem Legatar das volle Eigenthum zu und kann der Erbe keineswegs Wiederherstellung des Nießbrauches zu seinem Vortheile oder Entschädigung dafür verlangen, so wenig in dem Falle, wenn der Legatar selbst den Nießbrauch hatte, als in dem Falle nach Nr. 2., wenn die nuda proprietas der Sache, woran einem Dritten der Ususfructus zustand, vermacht ist, wofern dieser Ususfructus inzwischen erloschen ist. Es ist durchaus kein Grund vorhanden, anders zu entscheiden, wenn durch Veräußerung des Usufructuars der Erblasser das volle Eigenthum gewonnen hat. Nur in dem Falle, wenn eine fremde Sache, woran dem Legatar der Ususfructus zusteht, wissentlich vom Erblasser vermacht ist, und nun der Legatar den Ususfructus an den Eigenthümer veräußert, könnte man mit gutem Fug behaupten, es stehe dem Legatar doli exceptio entgegen, wenn er die Sache sofort ohne Abzug zu vollem Eigenthum oder dessen ganzen Werth verlange.

Was bisher in Beziehung auf den Ususfructus an der vermachten Sache ausgeführt worden, ist unbedenklich auch auf den Fall anzuwenden, wenn an dem Gegen-

stande des Vermächtnisses eine andere persönliche Servitut, vollends aber dann, wenn daran das Recht der Emphyteuse oder Superficies besteht, obwohl die Quellen diesen Fall nicht berühren [58]). Diese enthalten dagegen noch verwandte Bestimmungen, betreffend den Fall, wenn auf der Sache ein Pfandrecht haftet [59]). Auch dabei kann man unterscheiden:

1) Das Pfandrecht steht dem Erben oder sonstigen Vermächtnißträger zu. Ueber diesen Fall enthalten die Quellen einen bestimmten Ausspruch nicht; er ist aber gleichwohl leicht zu entscheiden. War die Sache des Erblassers dem Erben für eine Forderung an jenen verpfändet, so ist die letzte durch Confusio erloschen und damit von selbst auch das Pfandrecht beseitigt. Nur wenn die Sache dem Erben für die Schuld eines Dritten verpfändet war, könnte die Fortdauer des Pfandrechts ungeachtet des Vermächtnisses in Frage kommen. Aber auch hier muß nach Analogie dessen, was oben von einem dem Erben zustehenden Usufructus gesagt ist und unten (§. 1518. d.) von dem Vermächtniß einer dem Erben gehörenden Sache auszuführen ist, behauptet werden, daß der Erbe sein Pfandrecht gegen den Legatar nicht mehr geltend machen könne [60]). Für den Fall dagegen,

58) Auf die Emphyteuse oder das Recht am ager vectigalis könnte allenfalls die „*aliena possessio*“ in L. 66. §. 6. D. de legat. II. bezogen sein. So erklärt Cuiacius geradezu: „si aliena sit possessio iure emphyteutico“, in comment. in lib. XVII. quaest. Pap. (Opp. IV. col. 453.). Ebenso Bachofen Pfandrecht I. S. 135. Anm. 1.

59) Eine ältere Abhandlung darüber: Maiansii disp. de legato rei obligatae, in dessen disput. Tom. I. Nr. XXI. Vgl. Bachofen Pfandrecht I. S. 127. fg. Dernburg Pfandrecht I. S. 132. fg.

60) Vgl. Bachofen a. a. O. S. 134.

2) daß die Sache einem Dritten pfandrechtlich haftet, ist klar bestimmt, daß dem Erben obliege, die Sache vom Pfandrecht zu befreien, also den Pfandgläubiger abzufinden, wofern der Erblasser von dem Pfandrecht Kenntniß hatte. So sagt §. 5. J. de legat. II. 20.:

Sed et si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet heres luere; et hoc quoque casu idem placet quod in re aliena, ut ita demum luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus rem obligatam esse, et ita Divi Severus et Antoninus rescripserunt [61]);

vorausgesetzt freilich, daß nicht ein anderer Wille des Erblassers erklärt worden:

Si tamen defunctus voluit legatarium luere et hoc expressit, non debet heres luere.

Hatte der Erblasser von der pfandrechtlichen Haftung seiner Sache keine Kunde, so wird angenommen, es sei nicht sein Wille gewesen, den Erben zu mehr zu verpflichten, als die Sache der Erbschaft, so wie sie zu dieser gehört, zu geben, nicht auch durch Tilgung der Pfandschuld dieselbe von dem darauf haftenden Pfandrecht zu befreien. Indessen wird doch auch hier noch darauf Rücksicht genommen, ob nicht etwa aus den besonderen Umständen des Falles sich ein anderer Wille des Erblassers entnehmen lasse, z. B. wenn der Legatar ein naher Angehöriger des Erblassers ist, dem dieser auch, wenn er das Pfandrecht gekannt hätte, dieselbe Sache, alsdann mit der Wirkung, daß der Erbe das Pfandrecht ablösen müßte, oder auch etwas Anderes von gleichem

61) Vgl. L. 66. §. 6. D. de legat. II. (S. 130. fg.). Ueber eine Ausnahme, die die Regel bestätigt, vgl. L. 15. D. de dote praeleg. XXXIII. 4. Roßhirt II. S. 167. fg. und diesen Comment. zu dem angeführten Pandektentitel.

Werthe vermacht haben würde, sein Wille also dahin gerichtet war, die Sache jedenfalls ihrem vollen Werthe nach sicher zu verschaffen. So rescribirte Severus Alexander in L. 6. Cod. de fideicomm. VI. 42. (224. n. Chr.):

Praedia obligata per legatum vel fideicommissum relicta heres luere debet, *maxime*[62]) cum testator conditionem non ignoravit, aut si scisset[63]), legaturus tibi aliud, quod non minus esset, fuisset.

Damit übereinstimmend lehrt der gleichzeitige Ulpian in L. 57. D. de legat. I.:

Si res obligata per fideicommissum fuerit relicta, si quidem scit eam testator obligatam, ab herede luenda est, nisi si animo alio fuerit; si nesciat, a fideicommissario, nisi si vel hanc vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset obligatam, vel potest aliquid esse superfluum exsoluto aere alieno.

Diese Stelle hat aber durch den letzten Zusatz („vel potest etc.") großen Anstoß gegeben und sehr verschiedene Erklärungs- oder Besserungsversuche hervorgerufen[64]). Als Textverbesserung ist namentlich vorgeschla-

62) „Maxime findet sich nicht selten in den Quellen für nämlich"; Bachofen a. a. O. S. 131. Anm. 1.; vgl. z. B. L. 21. §. 1. D. de peculio. XV. 1. mit L. 3. D. quando ex facto tut. XXVI. 9.

63) In den Basilic. XLIV. 1. c. 127. (Heimbach IV. p. 350.) liest man: ἢ ἠγνόει μέν, πλὴν εἰ ἐπίστατο. Dem entsprechend emendirt van de Water obs. II. 13. „aut ignoravit, at si scisset": passend, aber nicht gerade nothwendig.

64) Ueber die Litteratur vgl. Schulting ad L. 57. cit. Westphal I. S. 225. fg. und vorzüglich Mühlen-

gen, zu lesen *vel non potest* oder *vel nisi non potest*, wie auch einige Ausgaben haben[65]). Diese Lesart vertheidigt insbesondere Vinnius zu §. 5. J. l. c., und legt den Sinn hinein, daß der Erbe auch dann die Pfandschuld ablösen müsse, wenn diese dem Betrage des Werthes der vermachten Sache gleichkomme oder ihn überschreite, weil sonst der Legatar gar nichts haben würde, was doch nicht des Testators Wille gewesen sein könne[66]). Smallenburg dagegen zu Schulting a. a. O. glaubt, der Satz sei als aus einem Glossem eingeschwärzt ganz zu streichen. Cuiacius behält ihn bei, aber als selbständigen Satz, getrennt von dem unmittelbar vorhergehenden, vielmehr zu dem ersten Falle („si quidem scit testator") gehörig, und findet darin den Ausspruch, daß auch dann, wenn der Erblasser von der Verpfändung wußte, der Erbe doch nicht das Pfandrecht abzulösen habe, wofern nur der Werth der Sache den Schuldbetrag übersteige[67]). Dagegen wendet Vinnius a. a. O. ein,

bruch im Arch. f. civ. Prax. XV. 18., sodann Roßhirt II. S. 165. fg.

65) So die von Stephanus und Rußardus. Majansius bemerkt dazu (pag. 357.) „et quod maioris momenti est, ita legisse videtur Rex Alphonsus sapiens ... qui procul dubio utebatur Pandectis emendatissimis."

66) Ihm stimmt auch Majansius a. a. O. bei, der überhaupt dem Vinnius besondere Verehrung zollt.

67) Cuiac. ad L. 57. cit. (opp. VII. col. 1047.) sagt: Illa verba sunt separatim legenda et ita accipienda, ut demonstrent casum, quo sine controversia fideicommissarium rem luere oporteat. Diesen casus aber bestimmt er vorher dahin: si plus sit in pretio rei pigneratae quam in debito, quo (sc. casu) etiamsi scierit testator rem obligatam, tamen onus luendi incumbit legatario. Dieser Erklärung stimmten unter andern

auf diese Weise werde die Regel so gut wie aufgehoben, weil der Werth des Pfandes meistens den Schuldbetrag zu übersteigen pflege; seiner eigenen Ansicht aber steht die Analogie des Falles, wenn der Erblasser unwissend eine fremde Sache vermacht hat, entgegen. Eine andere Erklärung mit Beibehaltung der gewöhnlichen Lesart versucht Donellus, indem er das superfluum von einem Ueberschusse des Schuldbetrages über den Werth der vermachten Sache versteht und somit darin ausgesprochen findet, daß diesen Mehrbetrag der Erbe bezahlen müsse, der Legatar die Pfandschuld nur, so weit der Werth des Pfandes reiche, abzulösen habe[68]); aber daß diese Erklärung den Worten entspreche, kann gewiß nicht zugegeben werden; und ebenso wenig, daß sie unzweifelhaft Richtiges ergebe[69]). Allerdings der Legatar braucht

bei Voorda interpret. III. 4., Thibaut nach Braun's Erörter. II. S. 699.; und Matthaeus in paroem. Ictorum Belgarum IV. 17. hat sie durch Versetzung unterstützen wollen: nisi si alio animo fuerit vel potest aliquid etc.

68) Donell. Comment. VIII. cap. 19. §. 31. Quod sic interpretandum puto, sagt er, ut hoc casu hactenus lui debeat res ab herede, quatenus a legatario exsoluto aere alieno, quod efficiat aestimationem rei legatae, restabit adhuc superfluum aliquid aeris alieni, quod sit exsolvendum supra rei aestimationem. Id enim superfluum heres exsolvere cogetur ad pignus liberandum, non legatarius.

69) Obwohl Donellus sagt: Atqui ut interpretatio verbis congruit, ita sententiam habet, ut puto, verissimam, certe eam, quae ratione non dubii iuris defendatur. — „Exsoluto aere alieno“ heißt: „nachdem die Schuld bezahlt ist“; dann kann nicht mehr von einem superfluum der Schuld die Rede sein. Vgl. Voorda l. c. pag. 248. sq. gegen Heineccius, der in seiner adnot. ad Vinnium l. c. die Meinung des Donellus vertheidigte.

nicht die ganze Schuld zu bezahlen; er kann die Pfandklage ruhig erwarten und hat dagegen die gewöhnlichen Vertheidigungsmittel; aber auch der Erbe, wenn er nicht selbst der Schuldner ist, hat die Schuld weder ganz noch zum Theil zu bezahlen, es sei denn, daß er kraft des Vermächtnisses zu deren Ablösung verpflichtet wäre; und das ist ja eben die Frage. Verkehrt ist es, wenn Donellus hier den Satz einmischt, daß der Legatar nicht weiter, als er bedacht ist, belastet werden könne; denn von einer Auflage, die Schuld zu bezahlen, ist hier überall keine Rede. Mühlenbruch a. a. O. stellt daher den streitigen Satz als eine ganz selbständige Bemerkung hin, die den Gedanken ausspreche, daß übrigens das Vermächtniß immerhin, auch wenn der Erbe die Schuld nicht ablösen müsse, doch noch einen Inhalt habe, wenn die Schuld weniger betrage, als der Werth der vermachten Sache [70]. Das ist unzweifelhaft richtig; wirksam ist das Vermächtniß sogar auch in dem anderen Falle, da es ja noch immer sich fragt, ob der Pfandgläubiger sein Pfandrecht geltend mache, nicht vom Schuldner selbst Bezahlung erhalte oder sonstwie die Schuld getilgt werde. Auffallend bleibt jedoch immer die Art, wie diese Bemerkung in die Stelle hineingeschoben wird. Das beseitigt auch Roßhirt a. a. O. nicht durch seine Erklärung: wo es zweifelhaft sei, was der Testator gewollt habe, da sei auch der Umstand in Erwägung zu ziehen, ob der Schuldbetrag im Vergleich mit dem Werthe der Sache ein geringerer sei. Dieser Umstand kann allerdings wohl die Vermuthung unterstützen, daß der Erblasser die Befreiung der Sache vom

70) Beistimmend erklären sich unter andern Bachofen a. a. O. S. 131. fg. Anm. 3. Neuner, die institutio ex re certa. S. 276. fg. Anm. 41.

Pfandrecht nicht dem Erben habe aufbürden wollen, auch wo aus anderen Gründen dieses sonst vielleicht anzunehmen wäre. Es ist jedoch nicht zu läugnen, so muß auch Roßhirt zugestehen, „daß der Jurist sich nachlässig und ohne gehörige Verbindung der Sätze ausgedrückt hat." Daher hat Smallenburg's Radikalkur viel für sich. Jedenfalls aber kann man dem bedenklichen und zweifelhaften Satze ein entscheidendes Gewicht nicht beilegen.

Anstoß hat auch die Fortsetzung der L. 57. cit. gegeben, die also lautet:

> Quodsi testator eo animo fuerit, ut, quamquam liberandorum praediorum onus ad heredes suos pertinere *noluerit*, non tamen aperte utique de his liberandis senserit, poterit fideicommissarius per doli exceptionem a creditoribus, qui hypothecaria secum agerent, consequi, ut actiones sibi exhiberentur: quod quamquam suo tempore non fecerit, tamen per iurisdictionem praesidis provinciae id ei praestatibur.

Hier ist die Lesart zweifelhaft, indem in Vulgathandschriften anstatt der Florentinischen Lesart *noluerit* sich findet *voluerit*, was mit Donellus a. a. O. §. 32. Manche vorgezogen haben [71]). Aber mit Recht erklärt sich dagegen Cuiacius a. a. O. [72]). Die Stelle ist so zu verstehen: Wenn nicht der Wille des Erblassers erklärt ist, dem Erben die Befreiung der Sache vom Pfandrecht durch Tilgung der Pfandschuld aufzubürden, aber auch keine bestimmte Anordnung dar-

71) So auch Westphal I. S. 237. fg. Voorda l. c. pag. 256.

72) Vgl. Steck, obss. anticriticae iuris cap. XVIII. in Ottonis thesaur. I. col. 529. sq.

über vorliegt, wem diese Last obliegen solle [73]), namentlich nicht etwa die, daß der Legatar die Schuld übernehmen solle, so ist eben die Sache mit dem darauf haftenden Pfandrecht vermacht, der Legatar aber hat nun als der neue Eigenthümer gegenüber der Pfandklage des Gläubigers immer noch, wie gewöhnlich, die Möglichkeit, bevor er zahlt, die Abtretung der Schuldklage zu erwirken, und wenn er dies auch bei der Schuldzahlung unterlassen hat, so soll ihm doch die Klage gegen den Schuldner als utilis actio gewährt werden [74]). Auf diese Weise ist ihm also der Rückgriff gegen den Schuldner, dieser sei nun der Erbe oder ein Dritter [75]), gesichert, und kann er folglich, sofern nur der Schuldner zahlungsfähig ist, das Vermächtniß seinem ganzen Inhalte nach gewinnen. Er hat nur nicht, wie in dem Falle, wo dem Erben ausdrücklich oder stillschweigend das onus luendi auferlegt ist, die Vermächtnißklage gegen diesen, daß er ihm die Sache befreit vom Pfand-

73) Darauf gehen die Worte: *non tamen aperte utique de his liberandis senserit.* Jauchius de negat. cap. 17. setzt nach *aperte* ein Comma; Voorda hält dies für unzulässig, wenn nicht zudem gelesen werde: *aperte, at utique*, und wäre nicht abgeneigt, diese Textänderung anzunehmen. Beides ist eine Textverschlimmerung.

74) Darüber vgl. Alb. Schmidt, die Grundlehren der Cession (1863) I. S. 184. 284.

75) In der Stelle wird dies nicht unterschieden; man ist aber berechtigt, dabei vorzüglich an den Fall zu denken, wenn ein Dritter, oder wenigstens nicht der Erblasser, der Schuldner ist; denn in diesem Falle wird es am ersten vorkommen, daß der Erblasser von dem Pfandrechte nichts weiß. Es ist ein Fehler, wenn Cuiacius u. A. immer nur den Erben nennen, als denjenigen, auf welchen das onus luendi aus diesem Grunde zurückfallen könne.

recht gewähre. So ist die Stelle vollkommen klar, und völlig grundlos ist es, wenn Jac. Gothofredus dem Legatar darnach nur in dem Falle, wenn der Schuldbetrag den Werth der vermachten Sache überschreite, dann aber immer gegen den Erben, den Rückgriff zugestehen wollte [76]).

Wenn endlich 3) dem Legatar selbst die vermachte Sache für eine Forderung an den Erblasser oder sonst Jemanden verpfändet war, so bringt der Eigenthumserwerb desselben von selbst es mit sich, daß ihm nunmehr die Sache als seine eigene nicht mehr ein Mittel zur Befriedigung seiner Forderung sein kann; das Pfandrecht ist durch Confusio erloschen; es kann nur immerhin noch insofern eine Wirkung äußern, als diese überhaupt dem sogenannten Pfandrecht an eigener Sache nach richtiger Ansicht noch zugestanden werden muß [77]).

76) Jac. Gothofredi animadv. iur. civ. cap. XVIII. in Otton. thesaur. III. col. 314. sq. Dagegen auch Westphal a. a. O. S. 238. Vgl. Roßhirt II. S. 167. Gothofred begeht den doppelten Fehler: einmal, daß er das *noluerit* zu scharf betont, als sage es, der Erblasser habe in keinem Falle gewollt, daß der Erbe für die Schuld einzustehen habe; sodann, daß auch er nicht den Fall in's Auge faßt, wenn ein Dritter der Schuldner ist.

77) Arndts' Pand. §. 389. Anm. Bachofen a. a. O. S. 133. Nicht zugeben kann man, was dieser behauptet, daß diese fortdauernde Wirksamkeit des früheren Pfandrechts besonders nach Zerstörung des Eigenthums des Legatars durch Usucapion von Seiten eines dritten Besitzers hohe Wichtigkeit gewinne. Er nimmt nämlich (S. 58. fg.) an, daß nach L. 44. §. 5. D. de usurp. et usucap. XLI. 3. auch, nachdem der Pfandgläubiger das erworbene Eigenthum der Pfandsache durch Usucapion eines Dritten wieder verloren hat, derselbe immer noch, wenn er nicht anderweitig befriedigt sei, zu der

Der Legatar kann aber immer noch seine Forderung durch die Forderungsklage geltend machen, auch wenn der Erblasser oder der Erbe der Schuldner ist, es sei denn, daß als Wille des Erblassers klar erkannt werde, das Vermächtniß der Pfandsache solle eben zur Deckung der Pfandschuld dienen; denn alsdann wird der Forderungsklage des Vermächtnißnehmers, wenn er das Vermächtniß angenommen hat, freilich doli exceptio entgegentreten. So entscheidet Paulus in L. 85. D. de legat. II.:

> Creditorem, cui res pignoris iure obligata a debitore legata esset, non prohiberi pecuniam creditam petere, si voluntas testatoris compensare volentis evidenter non ostenderetur.

Diese Stelle setzt ausdrücklich den Fall voraus, daß der Erblasser, also nach ihm der Erbe, der Pfandschuldner sei [78]). Wie aber, wenn die vermachte Sache dem

Pfandklage zurückgreifen und mittels dieser die Pfandsache dem Usucapienten wieder entziehen oder diesen zur Bezahlung der Pfandforderung nöthigen könne; und dieses soll nun auch dem Legatar in dem obigen Falle zu Statten kommen. Mir scheint, daß dabei zu sehr der Charakter des Pfandrechts als eines Rechtes an fremder Sache hinter die Pfandklage zurückgedrängt und mit Unrecht unberücksichtigt gelassen wird, daß nach L. 29. D. de pignerat. act. XIII. 7. und L. 30. §. 1. in fine. D. de except. rei iud. XLIV. 2. durch den Eigenthumserwerb des Pfandgläubigers pignus esse desinit. Was L. 30. §. 1. cit. im Verhältnisse zu nachstehenden Pfandgläubigern mit Recht zugibt, läßt sich auf diesen Fall, wo keine Billigkeit dafür spricht, nicht übertragen.

78) Auf denselben Fall bezüglich sagt L. 16. Cod. de legat. VI. 37. (Dioclet. et Max.): Creditor, si a debitore suo rem, quam pignoris nomine susceperat, legatam sibi contendit, etiam debito ab heredibus eius oblato,

Vermächtnißnehmer für die Schuld eines Dritten verpfändet war? Daß auch hier die Forderung gegen diesen bestehen bleibt, wenn auch durch den Eigenthumserwerb des Vermächtnißnehmers sein Pfandrecht erlischt, darüber kann kein Zweifel sein. Aber es fragt sich, ob hier nicht der Erbe verpflichtet sei, die Schuld des Dritten abzulösen? Das behauptet Roßhirt II. S. 159. fg., wofern dem Erblasser die Verpfändung der Sache bekannt war. Wenn die Sache per damnationem vermacht worden, so sei der Erbe, das ist seine Meinung, auch in diesem Falle verpflichtet gewesen, die Sache befreit von der pfandrechtlichen Haftung für die Forderung zu verschaffen, obwohl diese dem Legatar selbst zustehe, und dieses müsse nun nach Justinianischem Recht überhaupt gelten. Er stützt sich auf Pauli sentt. III. 6. §. 8.:

Si res obligata creditori, cuius causam testator non ignoravit, per damnationem legata sit [79]), luitio ad heredis sollicitudinem spectat.

quominus restituat, defendi potest: consequent; denn die Erben sind jedenfalls verpflichtet, dem Legatar die Sache zu überlassen, in der Regel auch zudem die Schuld zu bezahlen, um die Sache pfandfrei zu machen.

79) Das Vindicationslegat als solches konnte jene Wirkung überall nicht haben. Mit Unrecht aber haben Manche geglaubt, daß eine verpfändete Sache überhaupt nicht per vindicationem habe vermacht werden können. Cuiac. ad L. 57. D. de legat. I. Schrader ad §. 5. J. de legat. II. 20. Das arg. a contrario aus der Bemerkung des Paulus ergibt nicht mehr, als daß, si per vindicationem legata sit, luitio ad heredem non spectat; und das war, sofern man den Standpunkt des Vindicationslegats festhält, unzweifelhaft richtig. Nur, wenn die Sache durch Fiducia verpfändet war, konnte das Vin-

Er versteht nämlich diese Stelle von dem Falle, wenn dem Pfandgläubiger selbst die Sache vermacht ist, worauf auch die westgothische Interpretatio sie bezieht. Während jedoch diese darin nur dieselbe Regel ausgesprochen findet, die Paulus in L. 85. D. cit. vorträgt [80]), wird sie von Roßhirt so gedeutet, daß der Erbe auch dann, wenn ein Dritter der Pfandschuldner ist, die Pfandschuld abzulösen habe, also dem Legatar zugleich für die Bezahlung seiner Pfandforderung hafte [81]). Roßhirt verbindet also den Dativ „creditori" mit dem Zeitworte „legata sit;" es ist aber „creditori" vielmehr mit dem participialen Adjektiv „obligata" zu verbinden, so wie der folgende Genitiv „cuius" sich auf das vorhergehende „res obligata creditori" bezieht [82]). Die Stelle spricht also gar nicht von dem Falle, wenn die verpfändete Sache dem Pfandgläubiger selbst ver-

dicationslegat als solches überhaupt nicht gelten. Paul. II. 13. §. 6. Roßhirt II. S. 159. Anm. 1. Bachofen Pfandrecht I. S. 133. Anm. 3. Dernburg Pfandrecht I. S. 24. fg.

80) Sie sagt: Si pro debito pignus depositum fuerit creditori, et testamento suo debitor id quod pignus posuerat per damnationem ipsi creditori legati titulo derelinquat, creditor secundum testamentum legatum possidebit et debitum ab heredibus recipiet testatoris. Cuiacius bemerkt dazu: „quod et si verum sit, non tamen verbis Pauli ullo modo convenit."

81) „Der Westgothische Interpret verstand diese Feinheit nicht", bemerkt Roßhirt S. 159. Anm. 4.

82) Vgl. das Rechtslexikon VI. S. 327. Anm. 383. So sagt auch Rittershusius ad Paul. l. c. „Interpres verbum *creditori* apud Paulum construxit cum *legata sit:* perperam. Vgl. §. 5. J. l. c. „Si *rem obligatam creditori* aliquis legaverit."

macht ist, sondern von dem Falle, wenn die vermachte Sache einem Anderen verpfändet ist. Daß Paulus zunächst an einen solchen Fall dachte, sieht auch Bachofen a. a. O. als unzweifelhaft an. Gleichwohl stimmt dieser mit Roßhirt überein, aus anderem Grunde. Seiner Ansicht nach „erscheint die legirte Sache auch in den Händen des Legatars mit einem Pfande belastet, und es ist nicht einzusehen, warum dieses Pfand anders behandelt werden soll, als das eines dritten völlig fremden Gläubigers.“ Aber der Grund einer verschiedenen Behandlung dieser beiden Fälle liegt sehr nahe darin, daß der Dritte als Pfandgläubiger durch die Pfandklage die Sache dem Legatar entziehen könnte, was dieser von sich selbst nicht zu besorgen hat. Die Meinung Bachofen's hängt zusammen mit der Ansicht, welche die Bedeutung des sogenannten Pfandrechts an eigener Sache übertreibt und die Analogie unseres Falles mit dem des Vermächtnisses einer Sache, an welcher dem Legatar selbst das Eigenthum oder der Nießbrauch zusteht, verkennt [83]).

Die bisher entwickelten Grundsätze über das Vermächtniß einer mit dinglichen Rechten Anderer belasteten Sache der Erbschaft haben in älteren deutschen Particularrechten noch ausdrückliche Anerkennung gefunden [84]). Dagegen war in den Niederlanden und in Frankreich die gegentheilige Rechtsansicht die herrschende, wornach, in Ermangelung einer besonderen Anordnung des Erblassers darüber, dem Vermächtnißnehmer die vermachte Sache stets nur mit den darauf haftenden Lasten und

83) Vgl. oben S. 131. fg. S. 142. Anm. 77. Unger Erbr. §. 67. Anm. 2.

84) So z. B. das Hamburg. Stadtrecht v. 1603. III. 2. Art. 6., die Frankf. Reform. v. 1611. IV. 6. §. 20. Baier. Landr. III. 7. §. 11.

Dienstbarkeiten jeder Art zukommt [85]), und diese Rechtsansicht hat denn auch in neueren Gesetzgebungen Aufnahme gefunden, so zwar, daß sie auch von der Pflicht, auf der Sache haftende Pfandrechte abzulösen, den Erben schlechthin freisprechen, wenn der Erblasser nicht anders verfügt hat. Darnach ist das Pfandrecht regelmäßig, ohne Unterschied, ob der Erblasser oder ein Anderer der Schuldner ist, auch ohne Unterschied, ob der Erbe oder ein Dritter der Pfandgläubiger ist, mit seinen regelmäßigen Wirkungen gegen den Vermächtnißnehmer geltend zu machen, ohne daß dieser gegen den Erben als solchen deshalb einen Anspruch erheben kann [86]).

85) So bemerkt Voet ad Dig. lib. XXX.—XXXII. §. 27. in Beziehung auf die Regel des römischen Rechtes in Betreff des einem Anderen zustehenden Nießbrauchs der Sache: Quod tamen a moribus nostris alienum censet Groenewegen ad L. 66. §. 5. D. de legat. II. (in der Schrift de legibus abrogatis), et generaliter, si onus tale rei legatae appareat impositum, *ut inde non sit metuenda dominii amissio*, non debet heres eam liberare, sed legatarius rem qualemqualem tenetur accipere veluti servitute gravatam vel reditu irredimibili aut mere reali. Uebereinstimmend Vinnius sel. iur. quaest. II. cap. 26. Gallorum moribus ..... ne illud quidem obtinet, ut fundo legato ususfructus, qui alienus est, ab herede peti possit. ... atque hoc, ut voluntati testatoris, ita et Bataviae quoque nostrae moribus omnino consentaneum esse videtur. Auf die Pflicht des Erben, das Pfandrecht abzulösen, bezieht sich dieses abweichende Gewohnheitsrecht nicht, weil inde metuenda est dominii amissio. Voet trägt darüber die römische Regel in Uebereinstimmung mit Groenewegen noch als geltend vor.

86) So nach preuß. Landrecht I. 12. §. 325—327., Code Napol. art. 1020. cf. art. 874., österr. bürgerl. Gesetzb.

Diese Gesetzgebungen weichen jedoch von einander darin ab, wie sie das Verhältniß des Vermächtnißnehmers zu der persönlichen Schuldverbindlichkeit, wenn die vermachte Sache für eine Schuld des Erblassers verpfändet war, bestimmen. Vom gemeinen Recht entfernt sich in dieser Beziehung am weitesten das sächsische Gesetzbuch; es läßt den Vermächtnißnehmer dem Erben gegenüber rücksichtlich der Pfandschuld als Schuldübernehmer haften, und folgerecht erklärt es, daß, wenn der Vermächtnißnehmer selbst der Pfandgläubiger war, nicht nur dessen Pfandrecht, sondern auch seine durch dasselbe gesicherte Forderung gegen den Erblasser erlösche [87]). Auch nach dem preuß. Landrecht §. 326. 327. muß der Legatarius die auf der Sache haftenden Pfandrechte „ohne Beitrag oder Zuthun des Erben ablösen", nur zum Theil nach Verhältniß des Werthes der vermachten Sache, wenn diese mit anderen Sachen der Erbschaft zusammen verpfändet war; aber darin liegt nicht mehr, als daß der Vermächt-

§. 662., hess. Entw. III. Art. 303., sächs. Gesetzb. §. 2452—2454. Vgl. Unger Erbr. §. 67. Anm. 1. 2. Gruchot I. S. 595. fg.

87) In Ansehung des letzten Punktes führt Gruchot I. S. 599. fg. Anm. 3. als übereinstimmend an die fränkische Landgerichtsordnung III. 63. §. 5. „Würde auch Jemand das Underpfandt, so er in seiner gewaldt und Hand hat, verschaffet, darbei aber nicht eigentlich, wie es mit dem Pfandtschilling zu halten versehen, mage der Legatarius das Underpfandt behalten, und ist nicht schuldig, dasselbig den Erben gegen Bezahlung des Pfandtschillings volgen zu lassen, inmaßen auch die Erben den Pfandtschilling zu bezahlen nicht schuldig, es wäre denn in dem Testament ein anderes versehen." Der Verfasser dieses §. hatte offenbar die L. 16. Cod. h. t. VI. 37. (S. 143. Anm. 78.) vor Augen, hat aber dazu einen eigenen Zusatz gemacht.

nißnehmer bezüglich der Pfandforderung pfandrechtlich hafte; darüber aber, ob der Vermächtnißnehmer, der die Pfandschuld gezahlt hat, gegen den Erben als persönlich Verpflichteten den Rückgriff habe, so wie darüber, ob derselbe, wenn er selbst der Pfandgläubiger war, die persönliche Schuldforderung gegen den Erben behalte, spricht sich das Landrecht nicht klar aus [88]). Klar aus-

88) Nachdem §. 325. bestimmt hat, daß der Legatarius, wenn nicht der Testator anders bestimmt hat, die Sache mit allen bei dem Ableben des Erblassers darauf haftenden Lasten übernehmen müsse, fährt §. 326. fort: „Ist also die Sache verpfändet oder mit eingetragenen Hypotheken belastet, so muß der Legatar diese Lasten ohne Beitrag und Zuthun des Erben ablösen.“ Dabei ist aber nicht unterschieden, ob die Sache für eine Schuld des Erblassers, des Erben, oder eines Dritten verpfändet ist. Da nun in den beiden letzten Fällen der Gläubiger unzweifelhaft seine persönliche Forderung gegen den Schuldner behält und auch im zweiten Falle der Erbe nicht berechtigt zu halten ist, gegen die Forderung des Gläubigers vom Legatar Deckung zu verlangen, so möchte man annehmen, daß auch im ersten Falle dasselbe gelte, daß der §. 326. überhaupt nur die dingliche Haftung für die Pfandschuld dem Legatar zuweise, in Ansehung der persönlichen Schuldforderung nichts ändere, also auch, wo diese gegen die Erbschaft begründet ist, den Rückgriff gegen die Erben, wenn der Legatar als Pfandbesitzer die Schuld bezahlt hat, nicht ausschließe. Das scheint auch Gruchot's Meinung zu sein (S. 598.). Nur unter dieser Voraussetzung ist es zu billigen, wenn derselbe S. 599. §. 189. die Regel der L. 85. D. de legat. II. auch für das preußische Recht anerkennt. Müßte der Vermächtnißnehmer die Schuld der Erbschaft an den dritten Gläubiger für den Erben zahlen, diesen von der Schuldverbindlichkeit, in die er als Erbe eingetreten ist, befreien, so wäre es eine unleidliche Inconsequenz, demselben, wo ihm die für seine eigene Forderung verpfändete Sache vermacht ist, neben

gesprochen dagegen ist dies im hessischen Entwurfe a. a. O. und wohl auch als die Meinung des Code Napoleon anzunehmen. Daß dasselbe auch nach österreichischem Rechte gelte, beweist gegen abweichende Meinungen Anderer Unger a. a. O.

Verwandt dem Vermächtnisse einer mit Dienstbarkeit oder Pfandrecht belasteten Sache ist der Fall, wenn auf der vermachten Sache Abgaben oder andere wiederkehrende Leistungen (Reallasten) haften. Daß hier der Vermächtnißnehmer die Sache mit diesen Lasten ebenso wie mit den darauf haftenden eigentlichen Grunddienstbarkeiten übernehmen müsse, darüber kann kein Zweifel sein. Was aber die zur Zeit des Anfalles etwa rückständigen Leistungen jener Art betrifft, so ist im römischen Rechte anerkannt, daß diese dem Erben zur Last fallen, mag auch der Bezugsberechtigte dieserhalb an den jeweiligen Besitzer des pflichtigen Grundstückes sich zu halten befugt sein. So sagt Ulpian in L. 39. §. 5. D. de legat. I.

> Heres cogitur legati praedii solvere vectigal *praeteritum* vel tributum vel solarium vel cloacarium vel pro aquae forma.

Und doch bestimmt L. 5. §. 2. D. de censib. L. 15. (Papin. Lib. XIX. respons.) in Betreff rückständigen Tributum's:

> Pro pecunia tributi, quod sua die non est redditum, quominus praedium iure pignoris distrahatur, oblata moratoria cautio non admittitur, nec audietur legatarius contradicens ob tributa praeteriti temporis, quod heres solvendo sit, et is, qui tributis recipiendis praepositus fuerat.

dem Vermächtniß noch die persönliche Schuldforderung gegen den Erben zu geben.

Hier besteht sogar ein gesetzliches Pfandrecht [89]), so wie auch wegen des Grundzinses, der auf einer Superficies lastet, dem Eigenthümer des Bodens vor anderen Pfandgläubigern Befriedigung gebührt [90]). Gleichwohl wird in der ersten Stelle die Haftung für die Rückstände dem Erben schlechthin, ohne Rücksicht darauf, ob der Erblasser davon Kenntniß hatte, auferlegt [91]). Damit stimmt auch das sächsische Gesetzb. §. 2440 überein: „der Vermächtnißnehmer ist verpflichtet, ... die auf der ihm vermachten Sache haftenden Lasten von Zeit der Erwerbung des Vermächtnisses ..... an zu tragen [92])". Man muß aber wohl jene unbedingte Haftung des Erben auf diejenigen Rückstände beschränken, welche in der Zeit, wo die Sache im Eigenthum des Erblassers sich befand, fällig geworden waren; wegen älterer aus der Zeit des Eigenthums eines Dritten herrührender Rückstände kann man sie nur in dem Falle, wenn der Erblasser davon Kunde hatte, behaupten.

Was übrigens oben von der Belastung der vermachten Sache mit dinglichen Rechten gelehrt worden ist, das muß auch auf Pacht- und Miethrechte Anwendung finden, insofern diesen nach heutigem Rechte die Kraft dinglicher Rechte beigelegt ist [93]). Nach römischem

89) Vgl. L. 1. Cod. in quib. caus. p. v. h. tacite contrahitur. VIII. 15.

90) L. 15. D. qui pot. XX. 4.

91) Vgl. Duaren. u. Cuiac. ad L. 39. §. 5. cit. Brunnemann ad Pand. l. c. §. 7. „Licet enim fiscus ob praeterita etiam tributa legatarium convenire possit, habet tamen hic regressum contra heredem."

92) Vgl. Gruchot I. S. 599. Anm. 1. Unger Erbr. §. 67. not. e.

93) Friedlieb in der Gießener Zeitschrift für Civilrecht und

Rechte geht den Legatar das obligatorische Rechtsverhältniß aus Verpachtung oder Vermiethung des Erblassers nichts an und steht es in seinem Belieben, das von diesem eingegangene Contractsverhältniß fortzusetzen oder nicht [94]), es sei denn, daß ihm dieses durch eine Auflage des Erblassers geboten worden.

§. 1518. c.

Gegenstand des Vermächtnisses. — Insbesondere Sachen eines Dritten [95]).

Eine fremde Sache konnte per damnationem, sodann auch per fideicommissum gültig vermacht werden, indem durch diese Vermächtnisse zunächst nur eine Verpflichtung des Vermächtnißträgers erzeugt wurde, Inhalt einer Verpflichtung aber auch das Verschaffen einer fremden Sache sein kann, natürlich vorausgesetzt, daß diese überhaupt gegeben werden kann [96]). Gaius gibt

Proz. n. F. XIX. 16. Ziebarth die Realexekution und die Obligation (Halle 1866) S. 316. fg.

94) L. 32. D. locati. XIX. 2. L. 120. §. 2. D. de legat. I. Vgl. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. IV. Nr. 238.

95) Auch davon handelt Maiansius in seinen Disputationen, Nr. XX., Tom. I. pag. 341—355. der Leydener Ausgabe (1752). Andere Monographien darüber sind: H. Cocceii diss. de legato rei propriae et alienae. Francof. 1701. Nettelbladt diss. de legato rei alienae, quae est res tertii. Halae 1783. Gottschalk de legato rei alienae. Dresdae 1800.

96) Ulp. XXIV. 8. Per damnationem omnes res legari possunt, etiam quae non sunt testatoris, dummodo tales sunt, quae dari possunt. Gai. II. 202. Quo genere legati etiam aliena res legari potest, ita ut heres (rem) redimere et praestare aut aestimationem eius

als Wirkung jenes Damnationslegats schlechthin an, daß der Erbe verpflichtet sei, die vermachte Sache zu erkaufen und so dem Legatar zu geben, oder diesem den Werth derselben zu zahlen. Allein wenn der Testator die Sache irrthümlich für die seinige gehalten, so mußte man geneigt sein, dem Erben gegen die Klage aus dem Legat doli exceptio zu gewähren, weil jener sie nur als die seinige habe vermachen wollen [97]). In diesem Sinne hatte sich namentlich Neratius ausgesprochen, dessen Meinung durch ein Rescript des Pius Antoninus bestätigt wurde: der Erbe solle nicht gehalten sein, das Legat zu entrichten und zu dem Zwecke die Sache zu erkaufen, wenn der Testator nicht gewußt hatte, daß die Sache einem Dritten gehöre [98]). Darnach wurde dann weiter die Ansicht aufgestellt: der Legatar müsse, um das Legat geltend zu machen, den Beweis liefern, daß der Testator gewußt habe, die Sache sei eine fremde [99]).

dare debeat. Vgl. oben S. 21. 37. fg. 48. Man kann daher nicht einmal zugeben, daß dies prima facie *παράδοξον* videtur, wie Huber praelect. ad J .II. 20 num. 4. sagt.

97) L. 72. §. 6. D. de cond. et dem. XXXV. 1.

98) L. 67. §. 8. D. de legat. II. (Pap. lib. IX. quaest.)... Non est Neratii Prisci sententiae nec constitutioni locus, qua cavetur non cogendum praestare legatum heredem; nam succursum est heredibus, ne cogerentur redimere, quod testator suum existimans reliquit. Vgl. §. 4. J. h. t. II. 20.

99) L. 21. D. de probat. XXII. 3. (Marcian. lib. VI. institut.) Verius esse existimo, ipsum qui agit, id est legatarium, probare oportere, sciisse alienam rem vel obligatam defunctum, non heredem probare oportere, ignorasse alienam vel obligatam; quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit. Daß die-

Und diese Ansicht hat dann in §. 4. J. de legatis. II. 20. Aufnahme und Bestätigung gefunden:

Non solum autem testatoris vel heredis res, sed etiam aliena legari potest, ita ut heres cogatur redimere eam et praestare, vel, si non potest redimere, aestimationem eius dare .... Quod autem diximus alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat rem alienam esse, non et si ignorabat; forsitan enim si sciisset alienam, non legasset. Et ita divus Pius rescripsit, et ***verius esse, ipsum qui agit, id est legatarium, probare oportere, scisse alienam rem legare defunctum, non heredem probare oportere, ignorasse alienam, quia semper necessitas, probandi incumbit illi qui agit*** [100]).

Der letzte Zusatz stimmt fast wörtlich überein mit dem, was Marcianus in L. 21. D. de probat. (S. 153. Anm. 99.) sagt; er wird aber hier so angeführt, als ob er zu dem Inhalte des Antoninischen Rescripts gehöre; und stellt denn auch Burckhard a. a. O. die Sache so dar, als ob durch dieses Rescript dem Legatar ausdrücklich der Beweis auferlegt sei, daß der Erblasser wissentlich die fremde Sache vermacht habe; offenbar nur darin, meint er, bestehe die Hülfe, welche die erwähnte Constitution den Erben gewährte. Allein das

ser Grund unzutreffend sei, bemerkt mit Recht Roßhirt II. S. 149. Vgl. Dernburg Pfandrecht I. S. 133. fg. Burckhard, die civilistischen Präsumtionen, S. 293.

100) Dasselbe sagt Gaii epit. II. 5. §. 2. Vgl. auch L. 10. Cod. h. t. VI. 37. L. 10. in f. D. de auro arg. leg. XXXIV. 2. L. 72. D. ad Sc. Trebell. XXXVI. 1. L. 39. pr. D. de fideicomm. libertat. XL. 5.

kann nach L. 21. cit. als richtig nicht angenommen werden; denn alsdann würde gewiß nicht Marcian von sich ausgesagt haben: verius esse *existimo*, und ganz unwahrscheinlich ist es, daß der darauf folgende Satz aus dem Rescript des gefeierten Prinzeps entnommen sei. Eine wesentliche Hülfe gewährte dieses den Erben schon dadurch, daß es die Regel feststellte: wenn der Erblasser die Sache für die seinige hielt (suum existimans reliquit), so sei anzunehmen, daß er ohne diesen Irrthum nicht vermacht haben würde, und deshalb der Erbe zur Leistung nicht zu zwingen; über die Beweislast war dabei nichts bestimmt; darüber konnte daher Marcian noch eine freie Meinung äußern, die dann allerdings zur geltenden Regel geworden ist [1]).

Von dieser Regel wird jedoch wieder eine Ausnahme gemacht. Wenn der Erblasser zwar die Sache für die seinige gehalten hat, aber besondere Umstände gleichwohl es wahrscheinlich machen, daß er dasselbe Vermächtniß oder ein anderes von gleichem Werthbetrage auch dann, wenn er die wahre Sachlage gekannt hatte, angeordnet haben würde, so wird das Vermächtniß ungeachtet jenes Irrthums als wirksam angesehen. Als ein solcher Umstand ist namentlich anerkannt, wenn der Vermächtniß-

1) Paulus, der vermuthlich ältere Zeitgenosse Marcian's, scheint dieselbe noch nicht so entschieden anerkannt zu haben, wie wir sie nach dem letzten im westgothischen Gaius und in Justinian's Institutionen ausgesprochen finden. Er sagt in den Sent. IV. 1. §. 8. Si alienam rem tamquam suam testator per fideicommissum reliquerit, *non relicturus si alienam scisset*, ut solet legatum, ita inutile erit fideicommissum. Darin ist nicht ausgesprochen, wer den Beweis zu führen habe, ja, nicht einmal dieses, daß im Falle der erwiesenen Unkenntniß ohneweiters zu vermuthen sei: testatorem non relicturum fuisse, si alienam scisset.

nehmer in einer näheren persönlichen Beziehung zum Erblasser stand. So sagt L. 10. Cod. de legat. VI. 37. (Alexander, p. Chr. 227).

Quum alienam rem quis reliquerit, si quidem sciens, tam ex legato quam ex fideicommisso ab eo, qui legatum seu fideicommissum meruit, peti potest. Quodsi suam esse putavit, non aliter valet relictum, nisi proximae personae, vel uxori vel alii tali personae datum sit, cui legaturus esset, etsi scisset, rem alienam esse [2]).

Diese Constitution läßt der richterlichen Beurtheilung immer noch einen weiten Spielraum übrig, ungeachtet des kategorisch lautenden „non aliter". Es entspricht dem Gedanken derselben nicht, wenn sie, wie es meistens geschieht, nur von dem Vermächtnisse an eine coniuncta persona verstanden wird [3]). Als den entscheidenden

2) Damit stimmt überein, was L. 6. Cod. de fideicomm. VI. 42. in Beziehung auf das Vermächtniß verpfändeter Grundstücke bestimmt. S. oben Seite 136.

3) So noch in neuester Zeit von Bachofen Pfandrecht I. S. 129., der übrigens zu den coniunctae personae nach L. 38. D. de fideicomm. lib. XL. 5. auch die alumna, und nach L. 72. D. ad Sc. Trebell. XXXVI. 1. den Erben rechnet. Noch enger beschränkt die Ausnahme Wening-Ingenheim V. §. 535. mit den Worten: „es wäre denn nahen Verwandten ertheilt" (nämlich das Vermächtniß), offenbar unrichtig, und sogar gegen den Wortlaut der L. 10. Cod. cit. Dagegen Puchta Vorles. II. §. 528. und Sintenis Civilrecht III. §. 217. Anm. 21. geben im Wesentlichen nur diesen Wortlaut wieder, und Westphal I. 217. bemerkt unter Bezugnahme auf Guil. de Roo ad L. 10. Cod. cit., daß unter „alii tali personae" vermuthlich ein solcher Fall zu verstehen sei, „da der Erblasser Jemandem eine besondere Verbindlichkeit hatte, weshalb er vorzüglich demselben etwas

Gesichtspunkt deutet sie vielmehr an, ob nach den Umständen anzunehmen sei, daß der Erblasser auch im Falle seiner Kenntniß der wahren Sachlage das Vermächtniß oder ein gleiches angeordnet haben würde. So haben schon Mehrere behauptet, daß auch bei einem Vermächtnisse ad piam causam dasselbe gelten müsse [4]), und allgemein wird von Anderen eben jener Gesichtspunkt vorangestellt, und werden die in L. 10. cit. angeführten Fälle nur als Beispiele aufgefaßt. So sagt Donellus (VIII. 11. §. 37.): „Sed addita hic exceptio est, dum ne scilicet aliunde de contraria testatoris voluntate doceatur, qui, si probetur, etiam si scisset alienam, legaturus fuisse, placet, hic quoque voluntatem servandam et relictum deberi, neque hic voluntatem apertam exigimus: sola coniectura voluntatis, dum idonea, ad eam rem admittitur", und Roßhirt II. S. 150.: „das legatum alienae rei ist nur gültig, wenn der Legatar beweist, daß der Testator die vermachte Sache als eine fremde gekannt habe oder jedenfalls diese resp. deren Werth doch vermacht haben würde. In dieser Beziehung sind denn auch die Beispiele, welche in der L. 10. Cod. 6. 37. angeführt werden, weniger Ausnahmen als Fälle, wo das Gesetz eine Präsumtion zu Gunsten des Vermächtnißnehmers anerkennt und dadurch wieder gleichsam theilweise den Vermächtnißnehmer erleichtert". Besonders nachdrücklich wird dieselbe Ansicht vertheidigt von Reuner, die here-

zuwenden wollte." Göschen Civilrecht B. V. §. 1012. Keller Pand. §. 563. erwähnen die Bestimmung der L. 10. cit. auffallender Weise gar nicht.

4) Vgl. Vinn. ad §. 4. J. h. t. §. 8. und dessen select. quaest. II. cap. 26. Berger oeconomia iuris II. 4. th. 24. not. 6.

dis institutio ex re certa, S. 273. fg. Anm. 40. Er faßt das Resultat seiner Erörterung zusammen in dem Satze: „Die Gültigkeit eines legatum rei alienae hat die Vermuthung gegen sich; es gilt daher nur dann, wenn entweder der Legatar beweist, daß der Erblasser gewußt hat, die Sache gehöre ihm nicht, oder wenn Umstände vorliegen, welche annehmen lassen, daß der Erblasser, auch wenn er gewußt hätte, daß ihm die Sache nicht gehört, dennoch entweder diese Sache oder eine Sache von gleichem Werthe vermacht haben würde", wobei sich von selbst versteht, daß diese Umstände, sofern sie streitig sind, ebenfalls der Legatar zu erweisen hat [5]). Als ein solcher Umstand gilt allerdings in der Regel der, wenn der Bedachte eine persona coniuncta ist, jedoch auch dies nur unter der Voraussetzung, daß nicht andere besondere Umstände die Annahme begründen, der Erblasser würde im Falle richtiger Kenntniß das Vermächtniß nicht angeordnet haben, obwohl der Bedachte eine persona coniuncta ist [6]).

Es könnte jedoch eine Stelle des canonischen Rechtes Zweifel darüber erregen, ob nicht nach heutigem gemeinem Rechte das Vermächtniß der einem Dritten gehörigen Sache überall, insbesondere gerade in dem Falle, wenn der Erblasser wußte, daß sie eine fremde sei, als verwerflich anzusehen sei. Papst Gregor IX. erklärt nämlich in cap. 5. X. de testament. III. 26. auf erhobene Beschwerde, daß ein Verstorbener sepulturae suae gratia einer Kirche Sachen vermacht habe, die einer anderen Kirche gehörten, Folgendes:

Et quidem leges seculi hoc habent, ut heres

5) Uebereinstimmend Mühlenbruch Lehrb. §. 712. Arndts im Rechtslex. VI. S. 327. Tewes Erbr. II. S. 329.

6) Vgl. unten Seite 172. fgg.

ad solvendum cogatur, si auctor eius rem legaverit alienam. Sed quia lege Dei, non autem lege huius seculi vivimus, valde mihi videtur iniustum, ut res tibi legatae, quae cuiusdam ecclesiae esse perhibentur, a te teneantur, qui aliena restituere debuisti.

Darin spricht sich allerdings eine Mißbilligung eines römischen Rechtsatzes aus, aber es liegt dabei offenbar ein Mißverständniß zum Grunde, als ob nach römischem Rechte in Folge eines solchen Vermächtnisses die vermachte Sache dem Eigenthümer wider Willen entzogen oder vorenthalten werden könne. Was der Papst als Unrecht bezeichnet, ist eben nur dieses, daß der Legatar die ihm vermachte fremde Sache behalte, die vielmehr dem Eigenthümer herauszugeben sei. Das ist aber auch nach römischem Rechte der Fall. Daher hat die gemeine Meinung mit Recht angenommen, daß durch diese Stelle des canonischen Rechtes die Geltung des richtig erkannten römischen Rechtes nicht alterirt werde [7]).

Wo nun nach dem Bisherigen das Vermächtniß der Sache eines Dritten zu Recht besteht, da liegt es dem Vermächtnißträger zunächst ob, die Sache durch Ankauf oder sonstwie von deren Eigenthümer zu gewinnen und dem Bedachten zuzuwenden, als ob jenem dieses ausdrück-

7) Cuiac. ad cap. 5. cit. (opp. VI. col. 1043.) Vinnius ad §. 4. J. cit. und in den quaest. sel. III. 26. Boehmer ius eccles. protestant. III. 26. §. 25. Puettmann miscell. cap. 6. Roßhirt II. S. 150. fg. Viele erwähnen das cap. 5. cit. nicht einmal. Einige lassen es zwar gelten, aber nur für den speciellen darin entschiedenen Fall. Fachineus controv. iur. cap. 38. Wening-Ingenheim Pand. V. §. 535. not. v. — ein wunderliches ius singulare!

lich auferlegt wäre [8]). Ist ihm das nicht möglich oder doch nur gegen Bezahlung eines ungebührlich hohen Preises, den der Eigenthümer begehrt, so genügt es, daß er dem Vermächtnißnehmer den gemeinen Werth der Sache in Geld erstatte [9]), wie das auch in dem Falle der Anm. 8. anerkannt ist [10]). Und dies gilt auch dann, wenn der Onerirte zwar die Möglichkeit, die Sache selbst zu erwerben gehabt hätte, aber die Gelegenheit versäumt hat. So sagt L. 30. §. 6. D. de legat. III. (Labeo lib. II. posterior. a Javoleno epitomat.)

Si aedes alienas ut dares damnatus sis neque eas ulla conditione emere possis, aestimare iudicem oportere, Ateius scribit, quanti aedes sint, ut pretio soluto heres liberetur. Idemque iuris est, et si (cum) potuisses emere, non emeres [11]).

8) So in L. 14. §. 2. D. de legat. III. (Gai. lib. I. fideicomm.) „Sed si cui legatum relictum est, ut alienam rem redimat vel praestet."

9) §. 4. J. de legat. II. 20. §. 1. J. de sing. reb. per fideicomm. rel. II. 24. L. 71. §. 3. D. de legat. I. Vgl. Fr. Mommsen Beitr. zum Obligationenrecht II. S. 91. 94. fgg.

10) „Si redimere non possit, quod dominus non vendat vel immodico pretio vendat, iustam aestimationem inferat." So lautet der Nachsatz der oben in Anm. 8. allegirten Stelle. Nach ihrer Fassung ist diese von dem Falle zu verstehen, wenn einem Legatar ein Fideicommiß des Inhalts: „ut alienam rem redimat vel praestet" auferlegt ist, worauf auch die Quelle derselben hinweist.

11) In der Florentina fehlt *cum*, welches bei Haloander und in Vulgathandschriften eingefügt ist. Jensius stricturae ad pand. pag. 261. wollte es entbehrlich machen, indem er statt *non emeres* setzte *neque emeres*; es ist aber auch ohnedies entbehrlich. Anstatt *emeres* haben Hal. und viele Vulgatae *emeris*, einige der letzten aber

Man möchte noch weitergehend behaupten, daß der Vermächtnißträger überhaupt nur entweder die Sache selbst oder deren Werth zu geben verpflichtet sei. So sagt §. 1. J. de sing. reb. II. 24. schlechthin:

Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei, qui rogatus est, *aut* ipsam redimere et praestare, *aut* aestimationem eius solvere [12]).

Und damit stimmt überein Paul. sent. IV. 1. §. 7.

Tam nostras res quam alienas per fideicommissum relinquere possumus. Sed nostrae statim, alienae autem aestimatae aut redemptae praestantur.

Was hier vom Fideicommiß einer fremden Sache ausgesprochen zu sein scheint, erhält in Ansehung des Damnationslegats nach älterem Recht durch folgende Erwägung eine Bestärkung. Erfüllte der Erbe nicht freiwillig die Vermächtnißverbindlichkeit nach ihrem buchstäblichen Inhalte, so konnte die actio ex testamento gegen ihn angestellt werden. Lautete nun, wie wahrscheinlich, die Intentio der Formula: „si paret heredem rem dare oportere", so knüpfte sich daran die Condemnatio in der Fassung: „quanti eam rem paret esse,

mit der Florentina *emeres*, und andere *emas*. Vgl. Brencmann ad h. l. in der Gebauer'schen Ausgabe.

12) Gaius II. 262., dem diese Stelle entnommen ist, setzt hinzu: „sicut iuris est, si per damnationem aliena res legata est," und bemerkt dabei noch: sunt tamen, qui putant, si rem per fideicommissum relictam dominus non vendat, extingui fideicommissum, sed aliam esse causam per damnationem legati. Diese Meinung scheint wenig Anklang gefunden zu haben.

condemna" [13]). Darnach erhielt denn der Kläger doch nur die Aestimatio der vermachten Sache; von einer Verurtheilung zur Beschaffung der Sache selbst konnte überall nicht die Rede sein. Wenn aber jenes der Erfolg der bis zur Condemnatio durchgeführten Klage war, so mußte sich der Kläger auch zufrieden geben, wenn der Beklagte ihm freiwillig schon vor der Condemnatio die bereits richterlich festgestellte Aestimatio zahlte, und der Richter mußte darauf nach der Sabinianischen Regel: „omnia iudicia absolutoria esse" den Beklagten förmlich absolviren [14]). In diesem Sinne möchte auch Gaius II. §. 202. gesagt haben: Quo genere legati (sc. per damnationem) etiam aliena res legari potest, ita ut heres (rem) redimere et praestare aut aestimationem eius dare debeat. Darnach würde denn ferner auch vom Standpunkte des älteren Rechtes zu erklären sein L. 71. §. 3. D. de legat. I. (Ulp. lib. LI. ad edictum):

Qui confitetur, se quidem debere, iustam au-

13) Gai. IV. §. 33. 48. 49. 52. 55. Vgl. Gai. II. 204. „legatarius in personam agere debet, id est, intendere *heredem sibi dare oportere.* Bethmann-Hollweg, Civilproceß II. S. 266. fg. S. 623. fg.

14) Gai. IV. 114. Bethmann-Hollweg S. 517. fg. Darauf ist vielleicht in L. 30. §. 6. cit. der Satz zu beziehen: „ut pretio soluto heres liberetur," und es scheint die Vermuthung nicht zu kühn, daß Ateius Capito statt *liberetur* geschrieben hatte *absolvatur.* Der Schlußsatz der L. 30. §. 6. cit. aber läßt sich dann namentlich nach der Florentinischen Lesart in Uebereinstimmung mit der obigen Ausführung so erklären, daß auch, wenn der Ankauf der Sache zwar thunlich sei, aber der Onerirte gleichwohl nicht ankaufe, dasselbe gelte, was im ersten Theile der Stelle für den Fall der Unmöglichkeit des Ankaufes gesagt ist.

tem causam affert, cur utique praestare non possit, audiendus est: utputa si aliena res legata sit negetque dominum eam vendere vel immensum pretium eius rei petere affirmet .....; aequissimum est enim, concedi ei ex hac causa aestimationem officio iudicis praestare.

Der Jurist setzt ein Eingeständniß der Schuld voraus, vermuthlich mit Rücksicht auf den Satz des älteren Rechts, daß die Abläugnung der Schuldverbindlichkeit aus dem Damnationslegat die Verurtheilung zum Doppelten nach sich ziehe, wenn res certa vermacht war [15]); die Klage und das Eingeständniß würde also auf dare rem oportere gelautet haben. Der Erbe soll nun gehört werden mit dem Einwande, daß er nur deshalb das Vermächtniß nicht erfülle, weil er die vermachte Sache gar nicht oder nur für einen unbilligen Preis zu beschaffen vermöge, und es daher nur auf die Schätzung der Sache ankomme; die Folge der Abläugnung hatte er dann nicht mehr zu befürchten, so wenig wie derjenige, welcher die von ihm begangene Beschädigung nach dem Aquilischen Gesetze eingestand, aber noch eine richterliche Schätzung des zu leistenden Schadensersatzes verlangte [16]). Wenn er nun den richterlich festgesetzten Werth der Sache freiwillig zahlte, so war dadurch der Vermächtnißnehmer befriedigt und eine Verurtheilung des Beklagten nicht mehr am Platze. Daß der Beklagte jenen Einwand als thatsächlich begründet erweisen müsse, wird nicht gesagt, und so könnte man denn auch aus dieser Stelle ableiten, daß es in das Belieben des Erben gestellt sei, entweder die Sache selbst zu verschaffen oder deren Werth nach richterlicher Schätzung zu zahlen.

15) Vgl. oben Seite 24. Anm. 54.

16) L. 25. §. 1. 2. L. 26. D. ad leg. Aquil. IX. 2.

Indessen, wenn das Legat ausdrücklich darauf gestellt war, ut heres rem alienam redimat et praestet, so war vielmehr die Formula: „quidquid dare facere oportet“ die angemessene. Darnach war der Richter nicht gerade auf die aestimatio rei beschränkt, wenn der Erbe nicht die Sache selbst gewährte. Er konnte also wohl auch das Begehren des Verpflichteten, der einfach nur den Werth der Sache zu zahlen sich bereit erklärte und damit von weiteren Ansprüchen des Klägers losgesprochen sein wollte, zurückweisen und, falls derselbe ohne rechtfertigenden Grund die Anschaffung der Sache verweigerte, in der Condemnation über den Schätzungswerth der Sache hinaus auf das Interesse des Klägers in so weit Rücksicht nehmen, als etwa die Erwerbung der Sache vom Eigenthümer besondere Beschwerden und Kosten verursachte und selbst Bezahlung eines etwas hohen, nur nicht übermäßig den wahren Werth übersteigenden Preises erforderte [17]). Wenn nun dieses in dem angegebenen Falle zulässig war, das Vermächtniß aber in der Form: „heres rem (alienam) dare damnas esto“ eben dahin ausgelegt wurde, daß der Erbe die Sache auf seine Kosten verschaffen müsse, also mit jenem wesentlich gleichen Inhaltes war, so war es natürlich, daß man auch bei diesem dem richterlichen Officium einen gleichen Spielraum gönnte, wie denn dieses durch die Formel: „quanti eam rem paret esse“ ohnehin

17) Wenn Roßhirt II. S. 150. mit Bezugnahme auf L. 39. §. 7. D. de legat. I. sagt: Der Onerirte sei „verpflichtet, die Sache anzuschaffen, auch wenn dies mit Schwierigkeiten und Kostenaufwand verbunden wäre,“ so ist dies zwar richtig, aber doch dabei zu bemerken, daß dort nur die Frage beantwortet wird, ob das Legat gültig sei. Vgl. oben Seite 98. Anm. 92.

nicht strenge gebunden war. So erklärt es sich, daß in mehreren Stellen überhaupt bei dem Legat einer fremden Sache als Bedingung der Verurtheilung zum einfachen Wertherſatze vorausgesetzt wird, daß der Ankauf der Sache selbst nicht zu bewirken sei oder nur mit unbillig übermäßigem Kostenaufwande. So in §. 4. J. cit., „ita ut heres cogatur redimere eam et praestare, vel, *si non potest redimere*, aestimationem eius dare." So ferner in L. 14. §. 2. cit. „si *non possit redimere*, quod dominus non vendat vel *immodico* pretio vendat;" und so auch in L. 71., §. 3. cit. „negetque dominum eam vendere vel *immensum* pretium eius rei petere affirmet." Die letzte Stelle deutet auf eine Verhandlung, welche darüber in iudicio stattfinden könne: „*concedi* ei ex hac causa officio iudicis aestimationem praestare," und dabei darf vorausgesetzt werden, daß eben das auch in Berücksichtigung komme, ob es wahr sei, was der Erbe angegeben, daß er die Sache selbst nicht gewähren könne. Nach Justinianischem und nach heutigem Rechte kann nun auch die Verurtheilung zunächst auf die Verschaffung der Sache, auf das redimere et praestare rem als die eigentlich schuldige Leistung gerichtet werden und erst eventuell die Verurtheilung zu entsprechender Geldentschädigung eintreten. Dabei aber muß es natürlich in Betracht kommen, ob der Schuldner aus gutem Grunde die eigentliche Schuldleistung nicht erfülle oder nur aus Willkür und ungehorsam derselben sich entziehe.

Jenen Anspruch nun auf Verschaffung der Sache oder Ersatz ihres Werthes kann der Vermächtnißnehmer auch dann noch erheben, wenn ihm die Sache selbst zuerst als vermeintliche Erbschaftssache überlassen worden

ist, dann aber durch den dritten als Eigenthümer derselben abgestritten wird. Daraus erhellt, daß der Vermächtnißträger seine Verbindlichkeit nur scheinbar, nicht wirklich, erfüllt hat, und darum ist die Vermächtnißklage noch begründet [18]). So bemerkt auch Burchardi [19]), nachdem er zuvor ausgesprochen, daß der Onerirte zur Evictionsleistung in der Regel nicht verpflichtet sei [20]), ganz richtig: „Doch versteht sich von selbst, daß, wenn der Onerirte da, wo er verbunden war, die Sache anzukaufen oder Rechte Dritter daran abzulösen, die Sache gibt, ohne dies gethan zu haben, und deshalb Eviction erfolgt, von ihm verlangt werden kann, daß er die Sache wieder verschaffe, weil er seine Verbindlichkeit nicht gehörig erfüllt hat [21]). Aus diesem Grunde wird in dem

18) Voet. ad Pand. XXI. 2. §. 12.

19) Lehrb. des römischen Rechts II. 4. §. 379. Anm. 35. fg.

20) „nicht einmal beim Vermächtniß an nahe Verwandte," setzt er hinzu; aber vgl. dagegen unten Seite 174. Anm. 31.

21) Vgl. auch Westphal I. §. 278. a. E. §. 809. a. E. Thibaut, Pand. §. 910. not. h. i. Mühlenbruch, Pand. §. 743. Anm. 8. vgl. mit §. 742. Anm. 2 — 4. Seuffert, Pand. §. 631. Anm. 2. 3. Holzschuher, Handb. II. 1. S. 821. (1te Aufl.). Göschen, Civilrecht II. 2. S. 92., stellt als leitenden Gesichtspunkt auf: „In wie weit die Verpflichtung des Belasteten nach dem Willen des Testators darauf gerade gerichtet ist, dem Legatar ein bestimmtes Recht zu verschaffen, in so weit, aber auch nur in so weit muß der Belastete für die Eviction einstehen." Darunter, sollte man meinen, falle auch das Legat einer fremden Sache (heres fundum Sempronii Titio *dare* damnas esto). Aber Göschen erwähnt dann doch nur des legatum generis und des Legats, das zur Erfüllung des Pflichttheils bestimmt ist, und sagt auch in §. 1012. (III. 2. S. 576. fg.) bei dem Legat einer frem-

Falle, wenn ein Sklave (in genere) vermacht worden, dem Vermächtnißnehmer ausdrücklich die actio ex testamento beigelegt, falls der ihm zur Erfüllung der Vermächtnißverbindlichkeit gegebene Sklave durch einen Dritten evincirt wird.

L. 29. §. 3. D. de legat. III. (Labeo lib. II. poster. a Javoleno epitomat.) Si heres tibi, servo generaliter legato, Stichum tradiderit isque a te evictus fuisset, posse te ex testamento agere Labeo scribit, *quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis;* et hoc verum puto. Sed hoc amplius ait, debere te, priusquam iudicium accipiatur, denuntiare heredi; nam si aliter feceris, agenti ex testamento opponetur tibi doli mali exceptio.

Nun hat man freilich aus dieser Stelle den Schluß gezogen (argumento a contrario), daß bei dem Vermächtniß einer bestimmten Sache Haftung des Vermächtnißträgers wegen Eviction der gegebenen Sache nicht eintrete, und so wird als Regel gelehrt, nur bei dem Vermächtnisse einer nach der Gattung bestimmten Sache (bei dem sog. legatum generis) finde Evictionsverbindlichkeit des Vermächtnißträgers statt, nicht auch bei dem Vermächtnisse einer bestimmten Sache [22]). Allein der in L.

den Sache nichts davon, daß der Onerirte, sofern es gültig ist, für Eviction einstehe.

22) Cuiac. ad L. 77. §. 8. D. de legat. II. im comment. ad respons. Pap. lib. VIII. (opp. IV. col. 1151.) und ad Dig. de legat. II. (opp. VII. col. 1244 sq.). Vgl. Mejer in Schweppe's Privatrecht §. 899. a. E. Wening-Ingenheim Civilrecht V. §. 523. not. f. (Beide stellen als Regel hin, daß der Onerirte für Eviction nicht hafte, und machen davon eine Ausnahme nur bei dem

29. §. 3. cit. angegebene Grund paßt doch offenbar eben so wohl auf den Fall des Vermächtnisses einer fremden Sache, wo dieses wegen Kenntniß des Erblassers oder aus anderem Grunde wirksam ist. „Es ist in der That schwer einzusehen, warum die spätere Kenntniß des wahren Sachverhaltes dem Honorirten weniger Rechte gewähren sollte, als die frühere. Scheint ja die Sachlage auch jetzt noch dieselbe [23]).“ Und das argumentum a contrario aus L. 29. §. 3. cit. ist durchaus unkräftig, einen solchen schwer einzusehenden Rechtsatz zu begründen. Bei dem legatum generis wird zunächst an den Fall gedacht, daß sich Sachen der bezeichneten Gattung in der Erbschaft befinden. Da versteht sich nun von selbst, daß dem Legatar, wenn ihm zunächst eine nur vermeintlich zur Erbschaft gehörige Sache der Gattung gegeben wurde, nunmehr nach Erkenntniß des Irrthums eine andere der in der Erbschaft wirklich befindlichen Sachen derselben Gattung zu geben ist. Das

Vermächtnisse an sehr nahe Verwandte, bei dem Vermächtnisse des Pflichttheils, und bei dem legatum generis, nicht aber bei Vermächtniß einer fremden Sache überhaupt, wo dieses gültig ist.) Ob derselben Ansicht auch Roßhirt sei (I. S. 496. II. S. 21. 151., vgl. dessen Civilrecht III. §. 705. a. E., §. 732.), ist mir nicht klar. Dagegen lehrt neuestens Bachofen Pfandrecht I. S. 129. fg. ganz entschieden und allgemein: „Die actio ex testamento, womit vor geschehener Besitzergreifung der Ankauf erzwungen werden konnte, geht durch die Besitzergreifung verloren und wird jetzt ohneweiters versagt.“ Diesen aber widerlegt Neuner, die heredis institutio ex re certa, S. 257. fg. Anm. 27. und übereinstimmend damit ist die Erörterung unserer Frage von Bekker in Bekker's und Muther's Jahrb. des gemeinen Rechts VI. S. 253—261.

23) So gesteht selbst Bachofen a. a. O.

Vermächtniß einer fremden Sache aber als einer eigenen ist wegen des obwaltenden Irrthums in der Regel ungültig. Darum kann aus den Worten *servo generaliter legato* nicht geschlossen werden, daß *servo certo alieno legato*, wenn das Vermächtniß gültig ist, der Vermächtnißträger nicht für Eviction einstehe. Eben so unkräftig ist das argumentum a contrario aus L. 58. D. de evict. XXI. 2. (Javolen. lib. I. ex Plautio):

> Heres *servum non nominatim legatum* tradidit [24]) et de dolo repromisit; postea servus evictus est; agere cum herede legatarius ex testamento poterit, quamvis heres alienum esse servum ignoraverit.

Aus der repromissio de dolo konnte der Legatar nur klagen, wenn der Erbe wissentlich einen fremden Sklaven hergegeben hatte; aber die actio ex testamento stand ihm zu auch im anderen Falle, aus dem von demselben Javolenus in L. 29. §. 3. cit. angeführten Grunde. Daraus folgt, daß man nicht ohneweiters dasselbe behaupten könne, wenn ein servus *nominatim* legatus est; man kann es in der Regel nicht, wenn der Erblasser einen von den Sklaven, die er als die seinigen ansah, namentlich vermacht hat. Es folgt aber nicht daraus, daß servo nominatim legato niemals dasselbe gelte, auch dann nicht, wenn der Erblasser wissentlich einen ihm nicht gehörenden Sklaven vermacht hat.

Mit nicht besserem Rechte wird aus L. 45. §. 1. 2. L. 56. D. de legat. I. gefolgert, daß nur bei einem sog. legatum generis, niemals bei einem legatum

24) Ursprünglich vermuthlich: *mancipio dedit.*

speciei Caution wegen zu befürchtender Eviction der dem Legatar gegebenen Sache begehrt werden könne und die geleistete immer ungültig sei. L. 71. §. 1. D. eod. (Ulp. lib. I. ad edictum) sagt:

De evictione an cavere debeat is, qui servum praestat ex causa legati, videamus: et regulariter dicendum est, quoties sine iudicio *praestita res legata* evincitur, posse *eam* ex testamento peti; ceterum si iudicio petita est, officio iudicis cautio necessaria est, ut sit ex stipulatu actio.

Der Sinn dieser Stelle ist dieser: Wenn der Vermächtnißträger freiwillig, ohne belangt zu sein, die vermachte Sache hergibt, so ist kein Grund vorhanden, ihm eine cautio de evictione aufzulegen; denn, wenn die Sache hinterher dem Vermächtnißnehmer abgestritten wird, so kann dieser ja immerhin noch ex testamento klagen auf wirkliche Erfüllung, quia non videtur heres dedisse, qui ita dederat, ut habere legatarius non possit. Wenn aber der Erbe nur in Folge der bereits angestellten actio ex testamento die Sache zu geben sich herbeiläßt, so ist jene Klage consumirt, und ist daher officio iudicis der Erbe zu der cautio de evictione, d. i. einem Versprechen in Stipulationsform, anzuhalten, damit, wenn nun noch Eviction erfolgt, der Vermächtnißnehmer eine neue Klage, die actio ex stipulatu, habe, um seine gerechten Ansprüche geltend zu machen. So entschied Ulpian mit Rücksicht auf das zu seiner Zeit geltende Prozeßrecht [25]). Daß nun hierbei ein sog.

25) Vgl. Gai. III. 180. 181. IV. 106—109. — In Unkenntniß der Aufschlüsse, welche uns erst durch diese Stellen des echten Gaius gegeben sind, erklärt Westphal I. §. 811. die L. 71. §. 1. cit. ganz verkehrt: „Quoties

legatum generis vorausgesetzt sei, das kann man nicht mit Roßhirt I. S. 496. und Bachofen a. a. O. aus dem generellen Ausdrucke *servum* schließen; denn dieser ist der Accusativ zu *praestat*, der Sklave aber, den der Erbe prästirt, muß jedenfalls ein certus servus sein. Mit Recht sagt Bekker a. a. O. S. 260.: der Ausdruck „praestita res legata" passe besser zur Verneinung der Frage, ob die Verfügung lautete: „heres damnas esto servum dare", ohne specielle Benenung des Sklaven; es ist kaum zuzugeben, daß dies zweifelhaft sei; denn lautete jene wirklich so, also generell, so konnte Ulpian nicht den gegebenen Sklaven res legata nennen, und noch weniger sagen, nach erfolgter Eviction posse *eam* rem peti, weil der Legatar dann nicht gerade den evincirten, sondern

sine iudicio etc. muß von dem Falle verstanden werden, da die Sache noch bei der Erbschaft ist, und Jemand sie eigenthätig und eigenmächtig hinweggenommen hat, weil er einen Anspruch daran behauptet. Weil dies eine unrechtmäßige Handlung und der Erbe solche nicht zu gestatten, sondern zu hindern schuldig ist, so hält sich hier der Legatar an den Erben. Ist aber ein rechtlicher Anspruch an der Sache gerichtlich geltend gemacht, so geht es nach den gewöhnlichen Grundsätzen von der Gewährleistung." Westphal verbindet also *sine iudicio* mit *evincitur;* es ist aber vielmehr als Apposition zu *praestita* aufzufassen. So versteht die Stelle richtig schon Donellus zu L. 10. Cod. de legat. VI. 37. Si heres ob evictionem tenetur, non alias tenetur, quam si eam rem praestiterit sine iudicio, id est extra iudicium, sententia iudicis non coactus. Quod si . . . . heres sententia damnatus eam rem praestiterit, non tenetur ob evictionem .... nisi heres caverit, se evictionem praestiturum. Er erklärt aber nicht, warum im letzten Falle ohne Caution nicht Eviction zu prästiren sei, und nimmt dies mit Unrecht auch für das Justinianische Recht als ausgemacht an.

überhaupt nur einen (anderen) Sklaven zu fordern hatte. Die Verbindlichkeit, für Eviction einzustehen, voraussetzend beantwortet Ulpian nur die Frage, ob und wann wegen der Gefahr derselben Caution zu leisten sei. Daß jene Verbindlichkeit nicht bestehe, wenn der Erblasser diesen Sklaven irrthümlich als seinen eigenen vermacht hat, das folgt, wie auch Burchardi a. a. O. Anm. 35. bemerkt, daraus, daß hier das Legat (in der Regel) nicht zu Recht besteht. Daß aber auch dann, wenn das Vermächtniß einer fremden Sache vollkommen wirksam ist, die Evictionsverbindlichkeit nicht bestehe, also eigentlich die Vermächtnißverbindlichkeit dennoch nicht vollkommen erfüllt werden müsse, das folgt aus den angeführten Stellen nicht. Vielmehr kann L. 71. §. 1. cit. geradezu als das Gegentheil beweisend angeführt werden. Man hat jedoch noch in einer anderen Stelle einen entscheidenden Beweis dafür gefunden. Papinian sagt in L. 77. §. 8. D. de legat. II.

> Evictis praediis, quae pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissi filio reliquit, nulla cum fratribus et coheredibus actio erit: si tamen inter filios divisionem fecit, arbiter coniectura voluntatis non patietur, eum partes coheredibus praelegatas restituere, nisi parati fuerint et ipsi patris iudicium fratri conservare.

Der Sohn, sagt man, ist ein naher Verwandter, zu dessen Gunsten nach L. 10. Cod. h. t. das Vermächtniß einer fremden Sache auch dann, wenn der Vater diese für die seinige hielt, wirksam ist. Gleichwohl wird ihm im Falle der Eviction kein Ersatz zugesprochen; nur wo der Vater eine Theilung unter den Kindern beab-

sichtigt hat, wird anders geurtheilt [26]). Daraus ist zu entnehmen, daß überhaupt die Gültigkeit des Vermächtnisses einer fremden Sache, auch wo der Erblasser diese als solche kannte, nicht die Verbindlichkeit des Vermächtnißnehmers mit sich bringt, für die Eviction einzustehen, die erst nach der Uebergabe derselben an den Vermächtnißnehmer erfolgt. So argumentirt namentlich Bachofen a. a. O. [27]). Allein diese Argumentation ist schon aus dem Grunde hinfällig, weil Papinian mit keinem Worte andeutet, daß die Eviction erst erfolgte, nachdem der Sohn bereits in den Besitz der prälegirten Grundstücke gesetzt worden; vielmehr nach dem Zusammenhange mit dem Folgenden mindestens eben so nahe liegt, an den Fall zu denken, wenn die Eviction noch vor der Vertheilung der Erbschaft erfolgte [28]). Papinian versagt also in dem einen wie in dem anderen Falle dem Prä-

26) Ueber diesen zweiten Theil der L. 77. §. 8. cit. vgl. Glück in diesem Comment. B. 11. S. 107—110., über die ganze Stelle Cuiac. II. cc. (Seite 167. Anm. 22.)

27) Cuiacius a. a. O. (opp. VII. col. 1244.) bemerkt zwar Anfangs zu dem Satze *nulla . . . actio erit:* „immo vero est petitio aestimationis; nam licet in legato rei alienae distinguamus inter scientem et ignorantem, ... tamen hoc posteriori casu, si quis ignorans legaverit propinquo . . . ., legatum valet.“ Aber er fährt dann weiter fort: „et ideo fratres consortes huic filio tenentur ad aestimationem praediorum, videlicet si ea praedia non tradiderint filio, vel si iam tradiderint, nimirum inventa in hereditate, cum ea possedisset pater bona fide, fratres consortes fratri non tenentur praediis evictis.“ Er stimmt also mit Bachofen's Auffassung überein.

28) Reuner a. a. O. S. 257. Anm. 27. unter Nr. 1. Bekker a. a. O. S. 256.

legatar den Anspruch auf Ersatz des Werthes, und dies erklärt sich coniectura voluntatis vollkommen befriedigend aus der Eigenthümlichkeit des Falles. Wenn der Vater einen der Söhne durch ein solches Vorvermächtniß vor den übrigen begünstigt hat, so ist nicht wahrscheinlich, daß er dasselbe auch angeordnet haben würde, wenn er gewußt hätte, daß der Gegenstand desselben ihm nicht gehöre. Dadurch wird die Vermuthung, welche L. 10. Cod. cit. zu Gunsten der coniunctae personae aufgestellt, zurückgedrängt und für diesen Fall unzuläßig [29]). Nur, wenn der Vater in Kenntniß der wahren Sachlage das Vorvermächtniß anordnete, kann hier der begünstigte Sohn den Miterben gegenüber denselben Anspruch erheben, wie jeder Legatar, dem eine fremde Sache wissentlich vermacht ist, dem Vermächtnißträger gegenüber [30]), nur mit der näheren Bestimmung, daß er pro parte sua selbst einen Theil der Aestimatio sich anzurechnen hat, wofern nicht das Fideicommiß ausschließlich den Miterben auferlegt ist. So verschwindet ganz und gar das Auffallende, das Burchardi a. a. O. in der L. 77. §. 8. cit. findet, und ergibt sich zugleich, daß es unrichtig ist, wenn derselbe die Evictionsverbindlichkeit überhaupt bei Vermächtnissen „selbst an nahe Verwandte" im Falle der Unkenntniß des Erblassers ausschließt [31]).

29) Vgl. Neuner a. a. O. u. Buchholtz, die Lehre von den Prälegaten S. 361. Anm. 4. Daher ist nicht zu billigen, was Bekker a. a. O. behauptet, der erste Theil der Stelle enthalte nur eine historische Notiz zur Erläuterung des zweiten, mit Rücksicht darauf, daß zu Papinian's Zeit Alexander's Constitutionen (L. 10. Cod. de legat. L. 6. Cod. de fideicomm.) noch nicht erlassen waren.

30) Vgl. auch Glück in diesem Comment. Bd. 11. S. 109. fg.

31) Auffallend ist es dagegen, wie Mejer und Wening-

Endlich ist auch noch eine Bemerkung des Paulus in dessen sententiae V. 11. §. 5. hieher bezogen worden:

Invitus donator de evictione rei donatae promittere non cogitur, nec eo nomine si promiserit oneratur, quia lucrativae rei possessor ab evictionis actione ipsa iuris ratione depellitur [32]).

Diese Stelle spielt eine wichtige Rolle in der berühmten Streitfrage über die Evictionsverbindlichkeit des Schenkers. Namentlich Thibaut findet darin eine Hauptstütze für seine Ansicht, daß der Schenker überall nicht wegen Eviction der Schenkungshalber gegebenen Sache hafte [33]). Da nun das Legat auch eine lucrativa causa ist, so glaubt man auch bei diesem die Evictionsverbindlichkeit ausschließen zu müssen. So sagt namentlich Mejer a. a. O. S. 899. Anm. 1. „der Erwerb eines Legats kostet dem Legatar nichts; deßwegen kann er Gewährleistung vom Onerirten nicht verlangen". Allein, wenn schon in Beziehung auf Schenkungen jener Bemerkung des Paulus die Meisten keineswegs eine so entscheidende Bedeutung beilegen [34]), so kann davon vollends in Beziehung auf Vermächtnisse keine Rede sein, und Thibaut selbst S. 63. fg. streitet dagegen, daß man in Betreff dieser Frage Schenkungen und Vermächtnisse auf eine Linie stelle.

Wenn man übrigens unter Evictionsverbindlichkeit

Ingenheim a. a. O. Angesichts dieser Stelle bei dem Vermächtniß an sehr nahe Verwandte die Evictionsverbindlichkeit anerkennen, sonst aber bei dem wissentlichen Vermächtniß einer fremden Sache dieselbe ausschließen mögen.

32) Cuiac. l. c. VII. col. 1245.

33) Thibaut's civilistische Abhandlungen. S. 51. fg.

34) Vgl. darüber Glück in diesem Comment. Bd. 20. S. 337. fg., insbesondere S. 253. fg.

im eigentlichen Sinne die Verbindlichkeit versteht, das ganze Interesse im Falle der Eviction zu präſtiren (id quod eius interest, eam rem evictam non esse) [35]), so kann diese allerdings dem Vermächtnißträger nicht aufgebürdet werden [36]). Unzweifelhaft richtig ist es, was Vangerow a. a. O. bezüglich des Schenkungsversprechens wie des Vermächtnisses einer nach der Gattung bestimmten Sache bemerkt, daß die Haftung wegen Eviction der gegebenen Sache, sofern eine solche anzuerkennen ist, nicht die eigentliche Evictionsverbindlichkeit zur Leistung des vollen id quod interest, daß vielmehr die vorige Leistung als nicht geschehen anzusehen und nun statt der evincirten eine andere Sache der Gattung zu geben sei, um die ursprüngliche Obligatio wirklich zu erfüllen. Dieser Standpunkt ist auch bei dem wirksamen Vermächtniß einer bestimmten fremden Sache festzuhalten, wie er oben bezeichnet wurde. Durch die Eviction erweist sich, daß der Vermächtnißträger durch die frühere Hingabe seine Verbindlichkeit nicht erfüllt

35) Vangerow III. §. 610. Anm. 2. Vgl. auch Arndts §. 403. Anm. 1. a. E. und im Arch. für civil. Praxis Bd. 50. S. 150.

36) Insofern sagt auch Cuiacius a. a. O. richtig: „Denique de evictione non tenetur *in id quod interest*"; aber er scheint jede Haftung wegen Eviction auszuschließen, indem er fortfährt: „nam heredes legatariis . . . de evictione non tenentur, si res certae legatae sunt", und weiterhin ausführt, daß nur „voluntas defuncti expressa vel voluntatis coniectura certa" eine Ausnahme davon begründe, so daß der Erbe „ex voluntate defuncti, non legati natura" evictionis nomine hafte, aber den Fall des wissentlichen Vermächtnisses einer certa res aliena nicht als Ausnahme anführt. Vgl. auch Cuiac. comm. in lib. VI. Cod. ad L. 10. Cod. VI. 37. (opp. IX. col. 819.).

hat; er muß also nun die Sache von dem wahren Eigenthümer zu gewinnen suchen, um sie dem Vermächtnißnehmer zu geben, und, wenn er das nicht vermag, jetzt den Werth derselben nach objektiver Schätzung erstatten [37]).

Wenn hiernach der Onerirte noch haftet, falls dem Vermächtnißnehmer durch einen Dritten das Eigenthum abgestritten wird, so ist derselbe ebenso noch verpflichtet, falls aus anderem Rechtsgrunde dem Legatar die Sache entzogen wird, z. B. kraft Pfandrechtes, während er wegen mangelhafter Eigenschaften der Sache nicht haftet. Das sagt in Bezug auf das legatum generis L. 45. §. 1. D. de legat. I. (Pompon. lib. VI. ad Sabinum):

> Heres generaliter dare damnatus sanum eum (servum) esse promittere non debet, sed furtis et noxiis solutum esse promittere debebit, quia ita dare debet, ut eum habere liceat, sanitas autem servi ad proprietatem eius nihil pertinet. Sed ob id, quod furtum fecit aut noxam nocuit, evenit, quominus eum habere domino liceat, *sicuti ob id, quod obligatus est fundus, accidere poterit, ut eum habere domino non liceat.*

Dasselbe muß aber auch gelten, wenn ein fremder

37) Vgl. oben S. 166. Anm. 18. 19. Ob Burchardi dies auch für den Fall behaupten wolle, wenn der Onerirte die Sache in der That schon von einem Besitzer derselben erkauft und übergeben hat und dann erst ein Dritter als wahrer Eigenthümer dieselbe evincirt, läßt sich aus dessen in Anm. 19. mitgetheilter Aeußerung nicht entnehmen. Aber erfüllt hat ja der Onerirte seine Verbindlichkeit, die Sache zu gewähren, auch in diesem Falle nicht, und er hat nur seinerseits den Evictionsanspruch gegen seinen Auctor erworben. Diesen mindestens hätte er jedenfalls dem Vermächtnißnehmer abzutreten.

Sklave, ein fremdes Grundstück wissentlich und darum gültiger Weise vermacht war. Der Onerirte ist verpflichtet, dem Vermächtnißnehmer die Sache so zu verschaffen, daß er sie sicher behalten könne, daher befreit von dem darauf haftenden Pfandrecht eines Dritten, und nicht minder auch befreit von solchen beschränkenden Rechten dritter Personen, durch welche sein Eigenthum wesentlich geschmälert wird, und wegen deren Erstreitung auch sonst eine Evictionsverbindlichkeit eintritt, wie z. B. dem Usufructus, während die Freiheit des vermachten Grundstücks von Grunddienstbarkeiten auch hier, wie bei dem Vermächtniß eines Grundstücks, das dem Erblasser gehörte, in der Regel nicht begehrt werden kann [38]). Und zwar kann es hier auf das Wissen des Erblassers von der Existenz jener Rechte dritter Personen nicht ankommen. Zwar wird häufig der Ausspruch der L. 45. §. 2. D. l. c.

„Si vero certus homo legatus est, talis dari debet, qualis est"

als allgemeine Regel für alle Vermächtnisse einer bestimmten Sache hingestellt, und eben so allgemein gelehrt, daß der Onerirte die Sache befreit von Pfandrecht und Nießbrauch nur dann zu gewähren schuldig sei, wenn der Erblasser von der Existenz dieser Rechte Kenntniß hatte [39]). Aber L. 45. §. 2. cit. ist nach ihrer Beziehung zu §. 1. ibid. zuverlässig nur von dem Falle zu verstehen, wenn der Erblasser einen bestimmten Sklaven als den seinigen vermacht hat [40]). Wenn der

38) Vgl. oben Seite 127. fgg.

39) Vgl. oben S. 169. fg.

40) Darauf bezieht sich auch L. 70. pr. D. de legat. I. (Gai.

Erblasser z. B. verfügt hatte: „Meinen Erben verpflichte ich, das jetzt dem Titius gehörende elterliche Haus meines Freundes Sempronius für diesen anzukaufen und ihm zu übergeben:" möchte wohl Jemand behaupten, daß der Erbe seine Verbindlichkeit erfülle, wenn er dem Sempronius das Haus belastet mit einer den Werth desselben nahezu erschöpfenden Pfandschuld des bankerotten Eigenthümers übergibt? oder behaftet mit dem Nießbrauch, welchen der letztverstorbene Eigenthümer seiner jugendlichen Wittwe daran hinterlassen, oder gar mit dem Rechte der Superficies, das er daran einem Anderen eingeräumt hat?

Wo dagegen das Vermächtniß der fremden Sache wegen Irrthums des Erblassers seinem eigentlichen Inhalt nach nicht zu Recht besteht, da kann es gleichwohl noch insofern eine wichtige Rechtswirkung haben, als es für den in gutem Glauben befindlichen Vermächtnißnehmer einen Ersitzungsgrund abgibt [41]), und wenn auch der Verstorbene die Sache schon in gutem Glauben in Besitz gehabt hatte, so kann jenem zugleich die Besitzzurechnung zu Gute kommen [42]), und wenn dem Verstorbenen in Ansehung der Sache schon die Publiciana actio zustand, so wird man nunmehr diese auch dem Legatar consequent einräumen, selbst wenn dieser den Besitz der Sache noch nicht erlangt

lib. XVIII. ad edictum). Si servus Titii furtum mihi fecerit, deinde Titius herede me instituto servum tibi legaverit, non est iniquum, talem servum tibi tradi, qualis apud Titium fuit, id est, ut me indemnem praestes furti nomine, quod is fecerit apud Titium.

41) Dig. pro legato. XLI. 8.

42) L. 14. §. 1. D. de usurp. et usucap. XLI. 3, L. 13. §. 10. D. de acquir. vel amitt. poss. XLI. 2.

hatte [48]). Wenn aber über das Eigenthum der vermachten Sache schon bei Lebzeit des Erblassers ein Rechtsstreit anhängig, also res litigiosa vermacht war, so haben die Erben den Rechtstreit auf ihre Kosten fortzusetzen, obwohl auch der Legatar dabei interveniren kann, und hängt die Wirksamkeit des Vermächtnisses von dem Ausgange des Rechtstreites ab. Eine Verordnung der Kaiser Gratian, Valentinian und Theodosius, L. 3. Cod. de litigiosis VIII. 37. (380 n. Chr.), bestimmt in dieser Beziehung:

Quicunque rem litigiosam vel ambiguum chirographum, quodlibet denique mobile vel immobile fisco nostro vel potentiori seu aliis personis in testamento sive codicillo legaverit fideive commiserit aut per hereditatem reliquerit, nullam fiscus noster vel alia persona licentiam habeat iurgiorum nec iudicium subeat, sed aestimatio eius litis ineatur, praestanda his, quibus actiones vel res litigiosae relictae sunt. Eandem litem ipsi heredes peragant, suarum actionum periculo ea, quae litigiosa fuerant relicta, vindicantes.

Darnach, scheint es, sollte der Erbe schlechthin verpflichtet sein, dem Legatar den Werth des Streitgegenstandes (litis aestimatio) zu geben, der Erfolg des Rechtstreites aber lediglich den Erben angehen. Aber Justinian hat dies geändert, indem er in Nov. 112. cap. 1. verordnete (nach der Vulgata):

ut si contigerit unum pro tali causa litigantem ab humano consortio recedentem per ultimam voluntatem res aliquas, de quibus dominii

48) L. 1. §. 2. D. de Publ. act. VI. 2. Vgl. Arndts' Pand. §. 170. Anm. 1.

dubitatio vertitur, legati nomine cuicunque relinquere, si quidem heres iudiciali sententia dominus earum fuerit demonstratus, tunc legatarius, quod ei relictum est, modis omnibus consequatur. Si vero heres in iudicio victus extiterit, non habeat legatarius locum, aliam rem pro eodem legato heredem exigere, quoniam sciens testator, rem litigiosam esse, litis eventum legatario dereliquit.

Weil aber hiernach der Ausgang des Rechtstreites wesentlich nur den Vermächtnißnehmer, nicht den Erben, interessirt, so fügt Justinian hinzu:

Unde damus licentiam legatario, si hoc prodesse sibi putaverit, litis participem fieri [44]), ne aliquam forte negligentiam seu proditionem heredi possit obiicere [45]).

Justinian stellt also die in sich auch wohlbegründete Vermuthung auf, daß der Erblasser, welcher eine ihm bereits streitig gemachte Sache vermacht, diese nur insofern vermacht haben wolle, als sich durch den Ausgang des Rechtstreites ergebe, daß sie ihm wirklich gehöre. Dadurch ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß unter Umständen auch hier als Wille des Erblassers er-

44) Im griechischen Text: *μέτοχον γίνεσθαι τῆσ δίκησ.*

45) Vgl. darüber Maians. l. c. §. 14. Bachofen auserwählte Lehren S. 70. f. Tewes in Haimerl's Vierteljahrsschr. VI. S. 230. Vangerow Pand. I. §. 160. S. 258. — Roßhirt II. S. 151. fg. findet in Nov. 112. cap. 1. nicht eine Aenderung, sondern nur eine Bestätigung dessen, was nach L. 3. Cod. cit. Rechtens war; aber das stimmt mit der Fassung der letzten nicht überein, von der auch nicht gesagt werden kann, daß sie „etwas undeutlich“ sei.

kannt werde, daß der Vermächtnißnehmer jedenfalls wenigstens den Werth der Sache erhalten solle. [46]). Insofern übrigens, wie Manche behaupten, nach heutigem Rechte das Verbot der Veräußerung einer streitigen Sache und des Parteiwechsels in dem bereits anhängigen Rechtstreite nicht mehr als practisch anzusehen wäre [47]), würde man consequent sagen müssen, daß im obigen Falle auch die Nothwendigkeit, den Prozeß fortzusetzen, für die Erben wegfalle und dem Vermächtnißnehmer, als welchem nämlich der streitige Rechtsanspruch in seiner dermaligen Lage gültig vermacht worden, zu überlassen sei, auf seine Kosten und Gefahr denselben zum Ziele zu führen, so wie unzweifelhaft derjenige, dem ein streitiger Rechtsanspruch kaufweise überlassen ist, vorausgesetzt, daß dies gültig sei, doch nichts weiter ansprechen kann, als daß er den Prozeß zu seinem Vortheile weiter führen könne.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß es eigentlich nicht richtig oder ungenau ist, zu sagen, das Vermächtniß einer fremden Sache sei im Falle der Unkenntniß des Erblassers nichtig oder ungültig. Der beschwerte Erbe namentlich ist nicht befugt, das Vermächtniß der Sache, die der Erblasser als die seinige vermacht hat, deßhalb, weil dieser nicht Eigenthümer gewesen sei, als ungültig anzufechten, hat vielmehr die im Nachlaß befindliche Sache dem Legatar herauszugeben und diesem die Vertheidigung gegen den Dritten, der das Eigenthum daran in Anspruch nimmt, zu überlassen [48]).

46) Roßhirt a. a. O. S. 152.

47) Vgl. Vangerow a. a. O. und Arndts Pand. §. 113. Anm. 4. b.

48) Unger Erbr. §. 67. Anm. 11. Gruchot Erbr. II. S. 12. Anm. 2. Vgl. auch noch unten S. 187. Anm. 56. fg.

Was nun bisher in Ansehung des Vermächtnisses einer Sache, die ganz einem Dritten gehört, ausgeführt worden, das muß zum Theil auch Anwendung finden, wenn die vermachte Sache nur zum Theil einem Dritten, zum Theil aber dem Erblasser selbst gehört. Bezüglich dieses letzten Theils ist das Legat durchaus nach den Regeln des §. 1518. b. zu beurtheilen, bezüglich des ersten Theils aber stellt es sich als Legat einer fremden Sache dar, und ist als solches in der Regel nur dann gültig, wenn der Erblasser von dem Miteigenthum des Dritten Kenntniß hatte, gleichwohl aber die ganze Sache vermacht hat. Aber dabei ist wohl zu erwägen, ob der Erblasser, wenn er auch die Sache ohne Theilbestimmung genannt hat, obwohl wissend, daß sie ihm nur zum Theil gehöre, nicht dennoch nur den ihm gehörenden Antheil habe vermachen wollen. Für den Fall, daß der Erblasser ein Grundstück vermacht, das er als das seinige bezeichnet, während es ihm mit einem Anderen gemeinschaftlich gehört, spricht dieses entschieden aus Paulus in L. 5. §. 2. D. de legat. I.

Quum fundus communis legatus sit non adiecta portione, sed *meum* nominaverit, portionem deberi constat.

Dies stimmt damit überein, daß die Possessiven *meus*, *suus* überhaupt auch anwendbar gehalten werden, wo nur ein Theileigenthum vorliegt [49]). Andererseits

49) L. 74. D. de legat. III. L. 2. D. de condit. instit. XXVIII. 7. L. 5. §. 1. L. 6. D. de legat. I. Labeo hatte davon einen auffallend scharfen Gebrauch gemacht. In L. 5. §. 1. cit. berichtet Paulus: Labeo ait, quum certa res aut persona legatur ita: *qui meus erit, quum moriar, heres dato,* et communis sit, totum deberi. Er

kann unzweifelhaft der Legatar das ganze Grundstück fordern, wenn der Erblasser ausdrücklich das ganze als Gegenstand des Vermächtnisses bezeichnet hat, vorausgesetzt, daß er von dem Miteigenthum eines Anderen Kenntniß hatte. Dafür dient zum Belege eine Stelle aus Ulpian's Responsen, obwohl dieselbe wohl eigentlich einen ganz anderen verschiedenartigen Fall betrifft. L. 68. pr. D. de legat. III. sagt:

> Testatorem adiiciendo *praedium Scianum omne* eam quoque partem fundi suprascripti quasi ad se pertinentem videri per fideicommissum reliquisse, quam ex causa pignoris nactus est, salvo scilicet iure debitoris.

Man möchte diese Stelle zunächst auf den Fall beziehen, wenn der Miteigenthümer außer seinem eigenen Antheil zugleich kraft Pfandrechts den Antheil des anderen Miteigenthümers im Besitz hat; hier wäre es denn rücksichtlich des letzten Theils wissentliches Vermächtniß einer fremden mit einem Pfandrecht zu Gunsten des Erblassers, jetzt des Erben, behafteten Sache; der Erbe wäre verpflichtet, dem Legatar auch diesen Theil, und zwar befreit vom Pfandrecht, oder dessen

argumentirte also: *meus* ist der vermachte Sklave auch, wenn er mir nur cum alio communis ist; nun habe ich aber den Sklaven, wenn er nur zu meiner Todeszeit *meus* ist, schlechthin ohne Theilbestimmung vermacht; also kann der Legatar den Sklaven ganz fordern. Aber, so fährt Paulus fort, Trebatium vero respondisse partem deberi, Cassius scripsit; quod et verius est. Und so entscheidet er auch in L. 6. a. E., übereinstimmend mit dem, was L. 5. §. 2. cit. für den Fall ausspricht, wenn der Erblasser von vornherein ein ihm nur zum Theil gehörendes Grundstück als sein Grundstück vermacht. Vgl. Cuiac. obs. II. 39.

Werth zu gewähren; der Pfandschuldner aber könnte immerhin nach Bezahlung der Pfandschuld seinen Antheil reclamiren; mit der rei vindicatio gegen den Besitzer, mit der Klage aus dem Pfandcontract gegen den Erben als Pfandgläubiger. Vermuthlich aber deuten die Worte „quam ex causa pignoris nactus est" auf einen anderen Fall. Nach älterem Rechte könnte an die Fiducia gedacht sein und vielleicht ist die Erwähnung derselben durch die Compilatoren ausgemerzt. Es würde sich dann daraus ergeben, daß, wenn der Erblasser einen Theil der Sache nur pignoris causa zu Eigenthum erworben hatte, das Vermächtniß der Sache, ohne jenen Beisatz, doch nicht auf diesen Theil, der nur formell in seinem Eigenthum war, materiell dem Schuldner gehörte, bezogen wurde, sondern nur auf den Theil, der dem Erblasser vollkommen zu eigen war. Durch den Zusatz *omne* aber wurde das Vermächtniß bestimmt auf das Ganze gerichtet, wo denn dem Verpfänder die fiduciae actio gegen den Erben offen blieb [50]. Im Justinianischen Recht nun könnte man dabei etwa an den Fall des Erwerbs durch pfandrechtlichen Zuschlag denken, nach welchem dem Schuldner gesetzlich noch während einer bestimmten Zeitfrist das Recht der Wiedereinlösung zusteht [51]).

Sehr streitig aber ist die Frage, was Rechtens sei, wenn der Testator, wissend, daß ihm dieselbe Sache nur zum Theil gehöre, einfach nur die Sache, nicht ausdrücklich die ganze Sache vermacht hat. Mit Accursius behaupten Manche, hier müsse im Zweifel die ganze Sache als vermacht gelten, da unter der Sache

50) Pauli sentt. II. 13. §. 6.

51) Arndts Pand. §. 376.

schlechtweg eben regelmäßig die ganze Sache zu verstehen sei, das Vermächtniß aber selbst gültig wäre, wenn der Testator gar keinen Antheil an der Sache hätte und, dieses wissend, dennoch dieselbe vermachte [52]). Andere aber beschränken in diesem Falle das Vermächtniß im Zweifel auf den dem Erblasser gehörenden Antheil, wo nicht besondere Gründe für den weiteren Umfang sprechen [53]). Sie unterstützen diese Meinung namentlich durch den Hinweis auf L. 67. §. 8. D. de legat. II., wornach überhaupt nicht leicht anzunehmen ist, daß der Erblasser den Erben mit der Nothwendigkeit, fremdes Gut anzukaufen, belasten wolle, und auf L. 24. D. de instr. et instrum. leg. XXXIII. 7., wo Paulus entscheidet, wenn ein verpachteter fundus cum instrumento vermacht worden, so sei unter dem instrumentum nur das dem Erblasser gehörige, nicht was dem Pachter eigen sei, zu verstehen, es sei denn, daß dem Erblasser überhaupt nichts davon gehörte [54]). Eine feste Regel läßt sich darüber wohl überhaupt nicht aufstellen; es kommt doch im einzelnen Falle Alles an auf genaue Erwägung aller Umstände, um den wahren

52) So Donell. ad L. 10. Cod. de legat. VI. 37. Maians. l. c. pag. 354. Huber praelect. in Dig. lib. XXX—XXXII. §. 7.

53) Vgl. Duaren. ad L. 5. §. 1. 2. D. de legat. I. Vinn. select. quaest. II. 26. pag. 170. Voet. ad Dig. lib. XXX—XXX. §. 28. Sommervogel de legato rei communis. Argentorati 1789.

54) Paul. lib. III. ad Neratium. Fundus, qui locatus erat, legatus est cum instrumento; instrumentum, quod colonus in eo habuit, legato cedit. Paulus: an quod coloni fuit, an tantum id quod testatoris fuit? Et hoc magis dicendum est, nisi nullum domini fuit.

Willen des Erblassers zu erkennen [55]). Wie die Römischen Juristen in dieser Beziehung vorsichtig verfuhren, das zeigt noch in Anwendung auf einen naheverwandten Fall L. 30. §. 4. D. de legat. III. (Labeo lib. II. poster. a Javoleno epit.):

Qui fundum mandatu meo in societatem mihi et sibi emerat, deinde eum finibus diviserat, et, priusquam mihi traderet, ita eum tibi legaverat: *fundum meum illi do*; negari amplius partem deberi, quia verisimile non esset, ita testatum esse patremfamilias, ut mandati heres eius damnaretur.

Hier wird also das Vermächtniß, obwohl die genannte Sache zur Zeit noch ganz im Eigenthume des Erblassers sich befindet, doch nur auf einen Theil derselben beschränkt, deßhalb, weil der Erblasser den anderen Theil herauszugeben kraft des übernommenen Auftrages verpflichtet war. Wie in diesem Falle das Vermächtniß, obwohl die Sache ganz im Eigenthum des Erblassers ist, auf den Theil, den dieser einem Anderen zu geben persönlich verpflichtet ist, nicht sich erstrecken soll, so muß man umgekehrt, wenn der Erblasser eine Sache irrthümlich als ihm schon gehörend vermacht, auf die er in der That nur einen persönlichen Anspruch hat, das Vermächtniß wenigstens insofern für wirksam erklären, daß dem Vermächtnißnehmer jener Anspruch abzutreten ist [56]).

55) Roßhirt II. S. 153. fg.

56) L. 143. D. de R. J. L. 39. §. 3. D. de legat. I. Idem Julianus scribit, si fundum testator, quem ab alio emerat, mihi legavit, heredem cogendum mihi actionem ex emto praestare, scilicet si nondum res tradita fuerit, vel defuncto vel heredi. Vgl. L. 76. eod. Quodsi quis Stichum aut Pamphilum stipulatus Sempronio Stichum legavit, Maevio Pamphilum, oneratus heres

Dem entsprechend wird auch in dem Falle, wenn dem Vermächtnißnehmer die Sache abgestritten ist, dem Erblasser aber gegen seinen Auctor dieserhalb ein Evictionsanspruch zustände, dieser Anspruch jetzt dem Vermächtnißnehmer vom Erben abzutreten sein [57]). Und wenn dem Erblasser an der vermachten Sache zwar nicht das Eigenthum, aber doch sonst ein dingliches Recht zustand, so ist jedenfalls dieses als vermacht anzusehen [58]), vorausgesetzt natürlich, daß von einem Uebergange desselben auf den Legatar überhaupt die Rede sein könne [59]).

Wenn übrigens der Erblasser seine eigene Sache vermacht, während er sie für eine fremde hält, so ist das Vermächniß unzweifelhaft gültig: es wäre gültig, wenn er sich nicht irrte, als wissentliches Vermächtniß einer fremden Sache; wie könnte es beanstandet werden, wenn sich ergibt, daß die Sache zur Erbschaft gehört und der Erbe sie also nicht erst anzukaufen braucht, um sie dem Legatar zu geben? Auffallend aber ist die Art, wie in §. 11. J. de legat. II. 20. dieser Satz begründet wird:

intelligitur, ut necesse habeat alteri actionem suam, alteri aestimationem Stichi aut Pamphili dare. — Nach vormals üblicher Terminologie konnte man sagen: „Legatum intelligitur ius, quod habuit testator ad rem.“ Mantica coniect. ult. volunt. IX. 1. §. 16.

57) Gruchot II. S. 12. vgl. oben S. 184. Anm. 48.

58) L. 71. §. 6. D. de legat. I. Sed et si non municipibus, sed alii fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id ius quod in vectigalibus fundis habemus.

59) Daher L. 20. Cod. de legat. VI. 37. Uxor patrui tui si testata decesserit, res tuas, tantum usumfructum earum habens, legare non potuit. Dies schließt nicht aus, daß sie wissentlich dieselben Sachen als fremde wirksam hätte vermachen können.

Si quis rem suam quasi alienam legavit, valet legatum; nam plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione [60]).

Schrader vermuthet daher, es sei dies von einem Juristen ursprünglich in Beziehung auf das Vindicationslegat ausgesprochen und von Tribonian unbedacht aufgenommen [61]). Aber er ist doch auch für das Justinianische Recht nicht unbedeutend, insofern daraus hervorgeht, daß das Legat vollkommen als Legat einer eigenen Sache des Erblassers wirkt, das Eigenthum also unmittelbar auf den Legatar übergeht.

Schließlich mag auch hier noch ein Blick darauf geworfen werden, wie die in diesem §. erörterte Frage

60) Vinn. ad §. 11. J. l. c. Nam non recte hic dixeris, ideo valere legatum, quia contra quam opinabatur verum est, testatorem rem suam legasse: quoniam etsi opinionem attendas aut quod opinabatur verum esset, rem scilicet alienam esse, legatum tamen valeret. Est vero in promptu alia ratio, ob quam in proposito falsa testatoris opinio non obstet legato: nimirum quia si alienam rem credens eam nihilominus legavit heredemque suum onerare voluit alienae rei redemptione, multo magis eam legaturus fuisse praesumitur, si scivisset suam esse. Gleichwohl gibt den Satz buchstäblich wieder das baier. Landrecht III. 7. §. 6. „Eigener Sachen Vermächtniß ist gültig, wenn gleich der Vermächter solche für fremd gehalten hat, weil man hierin mehr auf die Wahrheit und den Befund der Sache, als auf die Meinung zu sehen pflegt." Vgl. auch Donell. VIII. 11. cap. 42.

61) Unbegreiflich ist, wie Roßhirt II. S. 147., der doch auf Schrader's Anmerkung zu dieser Stelle verweist, diesen nur in den Institutionen enthaltenen Satz als „wahrscheinlich erst von Justinian aufgestellten" bezeichnen mochte.

in neueren Gesetzgebungen behandelt wird. Von der auch in gemeinrechtlichen Schriften wohl hervortretenden Ansicht geleitet, daß der Erblasser, weil nur über das Seinige zu verfügen berechtigt, fremde Sachen nicht vermachen könne, als ob er nicht auch durch ein solches Vermächtniß [62]) in der That nur seine Erbschaft belaste, erklärt der Code Napoleon art. 1021. kurzweg:

Lorsque le testateur aura légué la chose d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait connu ou non, qu'elle ne lui appartenoit pas.

Dieser Bestimmung, welche Roßhirt II. S. 148. als ein Beispiel des plumpen Sinnes neuerer Gesetzgebungen anführt, nähert sich der §. 662. des österreichischen bürgerl. Gesetzb., welcher sagt:

„Das Vermächtniß einer fremden Sache, die weder dem Erblasser, noch dem Erben oder Legatar, welcher sie einem Dritten leisten soll, gehört, ist wirkungslos."

Aber hier wird doch sofort hinzugesetzt, nicht nur:

„Gebührt den erwähnten Personen ein Antheil oder Anspruch an der Sache, so ist das Ver-

62) So sagt z. B. Westphal I. §. 280. „Weil der Erblasser über eine Sache, davon er nicht Eigenthümer war, eigentlich kein Vermächtniß sich anmaßen konnte, u. s. w." Vgl. dagegen oben S. 152. Anm. 96. Vinn. sel. quaest. II. 26. — et qui legat rem alienam, effectu de suo legare videtur, nempe heredem suum onerare, ut rem redimat et redemtam praestet etc. Brinz Pand. §. 208. „Zur Verschaffung fremder Sachen kann man Jemanden verpflichten, also kann man dieselben auch vermachen. Ist das Vermächtniß einer fremden Sache bisweilen ungültig, so liegt der Grund nicht in dem Mangel des Eigenthums, sondern in dem des Willens."

mächtniß nur von diesem Anspruche oder Antheile zu verstehen,"

sondern auch:

„Wenn aber der Erblasser ausdrücklich verordnet, daß eine bestimmte fremde Sache gekauft und dem Legatar geleistet werden solle, der Eigenthümer hingegen sie um den Schätzungspreis nicht veräußern will, so ist dem Legatar dieser Werth zu entrichten."

Das Gesetzbuch erkennt also das Vermächtniß einer fremden Sache wenigstens in derjenigen Gestalt, in welcher es in L. 14. §. 2. D. de legat. III. vorkommt, als wirksam an. Es wäre aber gewiß ein verwerflicher Buchstabendienst, wenn man darnach schlechterdings das als wesentlich erforderlich ansehen wollte, daß der Erblasser jenes Ausdruckes: der Erbe solle kaufen und leisten, sich bediene. Soll es nicht eben so gut sein, wenn gesagt ist: Der Erbe soll die Sache für den Legatar anschaffen, erwerben und dgl.? Wie er sie erwirbt, ob durch Kauf oder ein anderes Rechtsgeschäft, darauf kann es ja ohnehin nicht ankommen. Darf man sich aber nicht so sklavisch an den Buchstaben binden, so ist überhaupt gewiß richtig und jedenfalls allein vernünftig die Deutung, welche Unger im Erbr. §. 67. Anm. 11. 12. dem §. 662. gibt: wesentlich sei nur, daß aus der Anordnung des Erblassers selbst der bestimmte Wille desselben erkannt werde, es solle dem Legatar die Sache, die einem Dritten gehöre, und obwohl sie einem Dritten gehört, auf Kosten des Beschwerten verschafft werden, wornach die Abweichung vom römischen Rechte nur darin besteht, daß der nicht aus der letztwilligen Anordnung selbst geschöpfte Beweis der scientia rei alienae des Erblassers nicht genügt, um das Vermächtniß einer fremden Sache

als wirksam geltend zu machen. In diesem Sinne ist die Frage im preuß. Landrecht I. 12. §. 377—385. beantwortet, und stimmt damit auch der hessische Entwurf III. 137. überein, während das sächsische Gesetzb. §. 2457. fg., wie auch noch der Vorläufer des österr. Gesetzb., das westgalizische II. §. 453., die Hauptregel des römischen Rechtes festgehalten hat [63]). Bemerkenswerth ist dabei noch insbesondere, daß nach dem preuß. Landrecht a. a. O. §. 378., darin abweichend vom römischen Recht und den übrigen Gesetzgebungen, wenn der dritte Besitzer der vermachten Sache dieselbe dem Legatario gar nicht oder nur gegen unverhältnißmäßige Bedingungen überlassen will, der Erbe dem Legatario den durch Sachverständige ausgemittelten außerordentlichen Werth d. i. den Werth, den die Sache unter seinen Verhältnissen für den Legatar haben würde, vergüten muß [64]); sodann, daß der hessische Entwurf III. 137. dem mit dem Vermächtniß eines ihm nicht gehörenden Gegenstandes gültig Beschwerten schlechthin die Wahl freistellt, „den Gegenstand anzuschaffen und dem Bedachten zu überliefern oder diesem den Werth desselben zu bezahlen," während anderweitig anerkannt wird, daß der Beschwerte dem Legatar zunächst zur Verschaffung der Sache verpflichtet sei, und erst, wenn diese unter den obwaltenden von dem Beschwerten nachzuweisenden Umständen nicht möglich ist, der Werth an die Stelle der Sache trete [65]).

63) Vgl. überhaupt Unger a. a. O. und Gruchot Erbr. II. S. 6—14.

64) Gruchot a. a. O. S. 9. Anm. 3.

65) Gruchot a. a. O. Anm. 2. Vgl. oben S. 160. Anm. 10. fg.

§. 1518. d.

Gegenstand des Vermächtnisses. — Insbesondere Sachen des Vermächtnißträgers.

Eine Sache, die dem Erben gehörte, konnte der Testator per damnationem oder sinendi modo mit voller Wirkung vermachen und ebenso auch durch Fideicommiß Jemanden hinterlassen, und so ist denn auch im Justinianischen Recht ein solches Vermächtniß schlechthin als gültig und wirksam anerkannt [66]). Und zwar tritt hierbei auch nicht die Beschränkung ein, die bei dem Vermächtniß der Sache eines Dritten seit Antoninus angenommen war, daß nämlich der Irrthum des Erblassers in Betreff des Eigenthums die Wirksamkeit des Vermächtnisses ausschließe. Das Vermächtniß einer Sache des Erben ist vollkommen wirksam, auch wenn der Erblasser dieselbe für seine eigene Sache gehalten hat. Dieses und zugleich den Grund der verschiedenen Behandlung eines Vermächtnisses der Sache des Erben und der Sache eines Dritten erklärt sehr bestimmt Papinian in L. 67. §. 8. D. de legat. II.

> Si rem tuam, quam existimabam meam, te herede instituto, Titio legem, non est Neratii Prisci sententiae nec constitutioni locus, qua cavetur, non cogendum praestare legatum heredem; nam succursum est heredibus, ne cogerentur redimere quod testator suum existimans reliquit; sunt enim magis in legandis suis rebus, quam in alienis comparandis et onerandis here-

66) §. 4. J. de legat. II. 20. §. 1. J. de sing. reb. p. fid. rel. II. 24. L. 25. Cod. de fideicomm. VI. 42. Vgl. oben Seite 21. 26. fg. 48.

dibus faciliores voluntates, quod in hac specie non evenit, quum dominium rei sit apud heredem.

Es geht daraus hervor, daß man die Vermuthung, der Erblasser würde bei richtiger Kenntniß der Sachlage die Sache nicht vermacht haben, dann nicht angemessen und begründet fand, wenn derselbe die Sache des Erben, nicht die eines Dritten, irrthümlich als die seinige vermacht hatte. Nur diese Rücksicht auf den Willen des Erblassers ist es, wodurch die abweichende Beurtheilung der beiden Fälle motivirt wird [67]), und ganz verkehrt ist es, damit die Idee von der Einheit der Person des Erblassers und des Erben in Verbindung zu bringen, wie es Westphal I. §. 275. thut [68]), oder aus der Willensidentität beider die Wirkung jenes Vermächtnisses zu erklären, wie Lassalle versucht hat [69]). Es ist nun auch durchaus

67) Vgl. Donell. comm. VIII. 11. §. 41. Cuiac. ad L. 67. §. 8. cit. (opp. IV. col. 532. sq. VII. col. 1208.) Menoch. de praesumt. IV. 117.

68) „Wenn die Sache dem Erben gehört, so braucht er keinen Werth zu bezahlen. Er ist auch mit dem Erblasser wie Eine Person anzusehen. Seine Sachen sind also den Sachen des Erblassers gleich zu achten. Die Sache braucht hier nicht erst angeschafft zu werden, welches bei Legatis rei alienae entgegensteht.“ So mischt Westphal Richtiges und Unrichtiges unter einander.

69) Das Wesen des .... Erbrechts S. 199. Er sagt: „Wenn das Testament eine Vermögensübertragung wäre, so würde der Testator niemals dazu kommen können, über das selbständige Eigenthum des Erben zu disponiren. Da aber der Begriff der Erbeinsetzung vielmehr der ist, einen anderen subjektiven Willen als die Forterxistenz und das identische Dasein des eigenen Willens zu setzen, so findet eben Willensidentität zwischen beiden statt und der Erblasser wird also nothwendig ebenso Willensherr über das Vermögen des Erben, als dieser über das Vermögen

kein Grund vorhanden, zu bezweifeln, daß die L. 67. §. 8. cit. eben so zur Anwendung komme, wenn ein Erbe zu Gunsten eines Miterben mit einem solchen Vermächtnisse beschwert ist [70]), so wie überhaupt, daß der auch nur auf einen Theil eingesetzte Erbe, wenn ihm allein das Vermächtniß auferlegt ist, die ganze ihm gehörige Sache zu entrichten hat [71]). Wenn dagegen allen Erben oder der Erbschaft schlechthin das Vermächtniß einer Sache auferlegt ist, die einem der Erben ausschließlich gehört, so ist dieser dasselbe nur nach Verhältniß seines Erbtheils zu entrichten verpflichtet und fällt es zu dem übrigen Theil den Miterben zur Last:

> L. 86. §. 3. D. de legat. I. (Julian. lib. XXXIV. Dig.): Si fundus ab omnibus heredibus legatus sit, qui unius heredis esset, is quidem, cuius fundus esset, non amplius quam partem suam praestabit, ceteri in reliquas partes tenentur.

In diesem Falle aber muß das Vermächtniß, wenn der Testator die Sache als die seinige vermacht hat, nach L. 67. §. 8. cit. consequent rücksichtlich der Miterben als Vermächtniß der Sache eines Dritten beurtheilt werden [72]).

des Erblassers." Weiterhin entwickelt freilich der Vf. eben so geistreich schillernd, daß erst in dem legatum rei alienae die subjektive Willensfortdauer ihren höchsten Triumph feiere. Vgl. dagegen oben S. 152. Anm. 96. S. 190. Anm. 62.

70) Vgl. Seuffert's Archiv für Entscheidungen V. 39.

71) Codex Fabrianus VII. 21.

72) Anders das preuß. Landrecht I. 12. §. 375. 376. Nachdem der §. 375. gesagt hat, daß es hier nicht darauf ankomme, ob der Testator gewußt hat, daß die Sache dem Erben gehöre, bestimmt §. 376. ohne Ausnahme: „Ge-

Uebrigens muß, wenn der Testator eine Sache als Sache des Erben vermacht hat, analog dasselbe gelten, wie in dem Falle, wenn er sie als die seinige vermacht hat [73]).

Wegen Eviction der Sache durch einen Dritten kann auch hier der onerirte Erbe nicht in Anspruch genommen werden, wohl aber wegen Ueberlassung der ihm daraus erwachsenden Rechtsansprüche gegen seinen Auktor [74]). Das läßt sich entnehmen aus L. 59. D. de evict. XXI. 2. (Pompon. lib. II. ex Plautio):

> Si res, quam a Titio emi, legata sit a me, non potest legatarius conventus a domino rei venditori meo denuntiare, nisi cessae ei fuerint actiones vel quodam casu hpyothecas habet.

Man darf diese Stelle nicht mit Gruchot Erbr. II. S. 12. auf den Fall beziehen, wenn der Erblasser eine von ihm gekaufte Sache vermacht hat; *legata a me* heißt, wie in sehr vielen Stellen: „mir, dem Erben, zur Last vermacht;" die Stelle spricht also vielmehr von dem Falle, wenn dem Erben ein Vermächtniß auferlegt ist, das eine diesem durch Kauf erworbene Sache zum Gegenstande hat. Der Erbe hat sie dem Legatar überliefert, gegen diesen erhebt ein Dritter die Eigenthumsklage [75]). Nun legt zwar Pomponius dem Legatar nicht ohneweiters den Evictionsanspruch gegen den Auktor des belasteten Erben bei und spricht ihm daher die Befugniß ab, denselben durch Streitankündigung zu dem

hört die Sache einem von mehreren Miterben und das Vermächtniß ist nicht ausdrücklich diesem allein auferlegt, so muß ihm der gemeine Werth der Sache aus der Erbschaftsmasse ersetzt werden."

73) Vgl. oben Seite 153. fgg.

74) Vgl. oben Seite 172. 179. fg.

75) So faßt schon die Glosse den Casus richtig auf.

Rechtstreite heranzuziehen; nur wenn ihm der Erbe die Klage gegen seinen Auktor abgetreten hat, soll er dazu befugt sein. Aber indem Pomponius dieses ausspricht, setzt er doch wohl voraus, daß der Legatar wenigstens diese Abtretung der Klage verlangen könne, wenn der Erbe es nicht vorzieht, ihn durch Auszahlung des Werthes der Sache abzufinden und selbst den Rechtstreit gegen seinen Verkäufer zu führen, was diesem weit vortheilhafter sein konnte, wenn er z. B. mit dem Verkäufer die duplae stipulatio eingegangen war [76]).

Streitig ist die Frage, wie es zu halten sei, wenn die vermachte Sache dem Erblasser und dem Erben gemeinschaftlich war?

Manche behandeln diesen Fall eben so, wie den, wenn ein Dritter Miteigenthümer mit dem Erblasser ist [77]), und dies ist im Zweifel dann gewiß anzunehmen, wenn der Erblasser, wissend, daß sie zum Theil dem Erben gehört, die Sache ausdrücklich als die seinige vermacht hat [78]). Wenn aber der Erblasser die Sache schlechthin vermacht hat, vollends wenn in Unkenntniß des Miteigenthums des Erben, so ist es consequenter, nun auch rücksichtlich des dem Erben gehörenden Antheils das Vermächtniß als wirksam anzuerkennen, wie denn dieses auch Andere als Regel behaupten [79]).

76) Ueber die Deutung des Zusatzes a. E. „vel quodam casu hypothecas habet" vgl. mit der Glosse Schulting ad h. l. und Glück im Comment. Bd. 20. S. 409. Ich halte ihn für ein von den Compilatoren herrührendes Anhängsel.

77) Vgl. das baier. Landrecht III. 7. §. 10. und dazu Kreittmayr Anm. a. E. Gruchot Erbr. II. S. 14. Westphal I. §. 276. 277. Mühlenbruch Pand. §. 741. Anm. 2.

78) Vgl. oben Seite 187. Anm. 56. fg.

79) Voet ad Dig. h. t. §. 28. a. E. Brunnemann ad L.

Was übrigens bisher von dem Vermächtniß einer Sache des Erben gesagt ist, das gilt eben so von dem Vermächtniß einer Sache, die einem anderen Vermächtnißträger gehört.

§. 1. J. de sing. reb. per fideicomm. rel. II. 24.

Potest autem non solum proprias testator res per fideicommissum relinquere, sed et heredis *aut legatarii aut fideicommissarii* aut cuiuslibet alterius; ***itaque et legatarius et fideicommissarius non solum de ea re rogari potest, ut eam alicui restituat, quae ei relicta sit, sed etiam de alia, sive ipsius sive aliena sit:*** hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit.

Wenn hier auch nicht zwischen dem Vermächtniß einer Sache des Beschwerten selbst und eines Dritten unterschieden wird, so kann doch kein Zweifel darüber sein, daß die Unterscheidung, die L. 67. §. 8. D. de legat. II. rücksichtlich des dem Erben auferlegten Vermächtnisses macht, eben so auch rücksichtlich eines anderen Vermächtnißträgers zu machen sei. Eine Schranke ist nur diesem wie jedem anderen Vermächtnisse darin gesetzt, daß der Betrag desselben nicht über den Vermögenswerth desjenigen hinausgehen darf, was der Beschwerte als Erbe oder durch das ihm sonst Hinterlassene erhält [80]).

5. D. de legat. I. §. 5. 6. Roßhirt II. S. 153. Anm. 1. Seuffert's Archiv V. 40.

80) Vgl. unten §. 1522. Mühlenbruch in diesem Comment. Bd. 41. S. 382. fg. Hieraus erhellt noch deutlicher die Falschheit des Gesichtspunktes, welchen Lassalle für die Auffassung des Vermächtnisses einer Sache

Unter den neueren Gesetzgebungen stimmen in der vorliegenden Frage mit dem römischen Rechte im Wesentlichen überein das preuß. Landrecht I. 12. §. 374—376., das österr. Gesetzb. §. 662. vgl. mit §. 649., das sächsische §. 2451—2455 [81]). Der Code Napoleon enthält keine besondere Bestimmung darüber, und so stellt die Jurisprudenz das Vermächtniß einer Sache des Erben mit Recht einfach unter den Art. 1021., welcher überhaupt das Vermächtniß der Sache eines Anderen für ungültig erklärt, sieht sich aber freilich, um sich mit dem ganz unzweifelhaften und an sich zulässigen Willen des Erblassers nicht in unleidlichen Widerspruch zu setzen, genöthigt, jenen Artikel in der Anwendung einigermassen zu beschränken [82]). Dem französischen Gesetzbuche nähert sich der hessische Entwurf III. 137., indem er ohne Unterscheidung zwischen Sachen des Beschwerten oder eines Dritten bestimmt:

> „Das Vermächtniß eines dem Erblasser nicht gehörenden Gegenstandes ist ungültig, wenn nicht aus dem letzten Willen erhellet, daß der Erblasser den Gegenstand als dem Beschwerten oder einem Dritten gehörend gekannt hat;"

und jene Unterscheidung mißbilligt vom legislativen Standpunkte auch Gruchot a. a. O. S. 14., indem er die Vorschrift des §. 375. des allg. Landr. I. 12 beiläufig als „ganz exceptionelle und wohl mit Unrecht aus dem römischen Rechte beibehaltene" bezeichnet.

des Erben aufstellt. (S. 194. Anm. 69.) Vgl. Gruchot Erbr. II. S. 2.

81) Vgl. Unger §. 67. Nr. 2. Gruchot S. 2—5.

82) Vgl. Zachariä's französisches Civilrecht IV. S. 676.

§. 1518. e.

Gegenstand der Vermächtnisse. — Insbesondere eine Gesammtsache (universitas rerum).

Eine Mehrheit körperlicher Sachen kann den Gegenstandes eines Vermächtnisses bilden, indem sie im Begriffe zu einem Ganzen vereinigt wird, z. B. eine Heerde, ein Viergespann, eine Bibliothek, eine Kunstsammlung [83]) und dgl. Ein solches Vermächtniß gilt eben als ein Vermächtniß, wesentlich verschieden von dem Falle, wenn mehrere Sachen, die wohl auch in gleicher Weise zu einem Gesammtbegriffe vereinigt werden könnten, als so viele einzelne Sachen vermacht worden sind [84]).

Die Auffassung der Mehrheit als eines einheitlichen Gegenstandes macht sich insbesondere darin geltend, daß der Wechsel der einzelnen Stücke, welche die Gesammtheit bilden, ohne Einfluß ist. So wird in Beziehung auf das Vermächtniß einer Heerde ausgesprochen, daß ungeachtet des Ab- und Zuganges einzelner Stücke der Heerde das Vermächtniß doch dasselbe bleibe und dem Legatar die Heerde in dem Zustande gebühre, in dem sie sich zur Zeit, wo das Vermächtniß in Wirksamkeit tritt, befindet.

L. 21. D. de legat. I. (Ulp. lib. XV. ad Sab.): Grege legato, et quae postea accedunt, ad legatarium pertinent.

83) L. 21. D. de legat. I. L. 65. §. 1. D. de legat. II. L. 52. §. 7. 8. D. de legat. III.

84) L. 2. 6. D. de legat. II. Grege autem legato non possunt quaedam sperni, quaedam vindicari, quia non plura, sed unum legatum est. cf. L. 10. §. 1. D. quib. mod. ususfr. am. VII. 4.

L. 22. eod. (Pompon. lib. V. ad Sab.)

Si grege legato aliqua pecora vivo testatore mortua essent, in eorumque locum aliqua essent substituta, eundem gregem videri.

§. 18. J. de legat. II. 20.

. . . Grege autem legato, etiam eas oves, quae post testamentum factum gregi adiiciuntur, legato cedere Julianus ait; est (esse) enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus.

Dieser Auffassung entsprechend mußte nach altem Recht auch das Vindicationslegat als solches in Betreff der zur Todeszeit vorhandenen Heerde wirken, ungeachtet darin jetzt einzelne Stücke begriffen waren, die zur Zeit der Testamentserrichtung dem Erblasser noch nicht, wie sonst erforderlich war, ex iure Quiritium gehörten [85]), daß also der Legatar in Folge dessen die jetzige Heerde ohneweiters vindiciren konnte, in der Weise und mit der Wirkung, wie überhaupt die Vindication einer Sachgesammtheit zulässig ist [86]). Man könnte nun zweifeln, ob das Legat noch Bestand habe, wenn die Heerde nur auf ein Stück herabgemindert ist, weil dann doch von einer Heerde entschieden nicht mehr die Rede sein könne, also der Gegenstand des Legats nicht mehr existire. In der That wird aus diesem Grunde der Ususfructus, der an einer Sachgesammtheit verliehen worden, als erloschen angesehen, wenn durch Wegfall

85) Dies folgt schon aus der Annahme: *eundem* gregem videri. Es läßt sich auch daraus entnehmen, daß in L. 22. und §. 18. citt. rücksichtlich des Ueberrestes von *vindicare* die Rede ist.

86) L. 1. §. 3. — L. 3. pr. D. de rei vind. VI. 1.

einzelner Stücke es herbeigeführt ist, daß der Gegenstand als dasjenige, woran jener gewährt sein sollte, nicht mehr besteht [87]). Allein bei einem Eigenthumsvermächtnisse der Art wird ausdrücklich anerkannt, daß das Recht des Legatars noch in Ansehung des letzten übrig bleibenden Stückes fortbestehe. Et si, so fährt L. 22. cit. fort, deminutum ex eo grege pecus esset, ut vel unus bos superesset, eum vindicari posse, quamvis grex desiisset esse, quemadmodum, insula legata si combusta esset, area posset vindicari; und eben so sagt §. 18. J. cit.: Si grex legatus fuerit, posteaque ad unam ovem pervenerit, quod superfuerit, vindicari potest [88]).

Was von dem Vermächtniß einer Heerde gesagt ist, findet auch auf das Vermächtniß anderer Sachgesammtheiten Anwendung, z. B. das eines Waarenlagers, wovon L. 91. §. 2. D. de legat. III. sagt:

> Pater filio tabernam purpurariam cum servis institoribus et purpuris, quae in diem mortis eius ibi fuerunt, legavit: neque pretia purpurae condita, neque debita, neque reliqua legato contineri placuit;

in welcher letzten Beziehung es sich anders verhält, wenn nicht ein Inbegriff körperlicher Sachen, sondern ein ganzes Geschäft, z. B. mensae negotium, ein Wechslergeschäft, vermacht ist [89]).

Uebrigens ist es nicht wesentlich, ob ein Inbegriff schon an sich, abgesehen von dem Vermächtnisse, als eine

87) L. 65. §. 1. D. de legat. II. L. 10. §. 8. L. 11. 31. D. quib. mod. ususfr. am. VII. 4.

88) Vgl. Roßhirt II. S. 35. fg.

89) L. 77. §. 16. D. de legat. II. Roßhirt S. 37. fg.

Gesammtheit bestehe. Der Erblasser kann auch sonst nach Belieben eine gewisse Art von Sachen unter einer Gesammtbezeichnung zusammenfassen und so zum Gegenstande eines Vermächtnisses machen. Sache der Willensauslegung ist es, im einzelnen Falle näher zu bestimmen, was unter dem Vermächtnisse begriffen sei. Eine Reihe von Fällen dieser Art wird in besonderen Titeln erörtert (XXXIII. 7. 9. 10. XXXIV. 2.), auf welche hier zu verweisen ist [90]). Im Allgemeinen ist nur noch zu bemerken, daß ein solches Vermächtniß auch blos als Zugabe oder Anhang eines anderen Vermächtnisses vorkommen kann; alsdann besteht dasselbe auch nur in Verbindung mit dem Hauptvermächtnisse [91]).

§. 1518. f.

Gegenstand des Vermächtnisses. — Insbesondere Geldvermächtniß [92]).

Geld kann als individuell bestimmter Gegenstand vermacht sein (certum corpus nummorum, utputa centum, quae in arca habet). Ein solches Vermächtniß unterscheidet sich durchaus nicht von dem Vermächtnisse einer jeden anderen bestimmten Sache (§. 1518. a.— 1518. d.); „fundo legato esse comparandum credo", „non numerata pecunia, sed ipsa corpora nummorum . . . continentur, neque permutationem recipiunt, et exemplo cuiuslibet corporis aesti-

90) Vgl. Westphal I. §. 172. fg. Roßhirt II. S. 40. fg. Arndts im Rechtslex. VI. S. 329. fg.

91) L. 1. §. 1. D. de instructo leg. XXXIII. 7.

92) Als besondere Schrift darüber finde ich angeführt: Wernher diss. de legato pecuniae.

manda sunt [93])." Dahin gehört auch der Fall, wenn der Erblasser schlechthin sein Geld, sein baares Geld, oder auch das Geld, die Baarschaft vermacht hat. Das Vermächtniß begreift Alles, aber auch nur das zur Todeszeit im Nachlasse vorfindliche baare Geld, wie das gleiche auch von dem Vermächtniß anderer vertretbarer Dinge gilt, wo nicht die Quantität bestimmt ist [94]). In Beziehung auf diesen letzten Fall hat unter den römischen Juristen eine Meinungsverschiedenheit bestanden. Es hatte Jemand seiner Wittwe per damnationem vermacht: „vinum, oleum, frumentum, acetum, mella, salsamenta." Trebatius war der Meinung: ex singulis rebus non amplius deberi, quam quantum heres mulieri dare voluisset, quoniam non adiectum esset, quantum ex quaque re daretur. Er faßte also die Verfügung so auf, als sei „Wein" u. s. w. in abstracto ohne Bestimmung der Quantität vermacht, und indem er diese in das Belieben des Erben stellte, erklärte er denn eigentlich das Vermächtniß für unverbindlich, wie auch die Gothofredische Note zu dieser Stelle bemerkt: Imo, nil dari oportet, si quidem legatum indefinitum non valet, arg. L. 94. D. de V. O. XLV. 1. [95]), es wäre denn etwa ein sicherer An-

93) L. 30. §. 6. L. 34. §. 4. L. 51. D. de legat. I.

94) L. 7. pr. D. de tritico leg. XXXIII. 6. cf. L. 6. eod.

95) Vgl. Brinz Pand. II. S. 898. „Meinte Trebatius, daß es bei jenen Damnationsworten vom Erben abhänge, wie viel er geben wolle, so that er dies nicht etwa wegen der Damnationsworte, sondern wegen der Unbestimmtheit des Vermächtnisses, nicht vermuthungsweise, sondern aus Mangel an jeder Wahrscheinlichkeit; in dem Willen des Erben dachte er kein auf Präsumtion gebautes Wahlrecht, sondern den guten Willen, von dem hier alles abhängt."

haltpunkt dafür gegeben, um zu erkennen, wie viel der Testator der Frau zuwenden wollte [96]). Allein: Ofilius, Cascellius, Tubero omne, quantum paterfamilias reliquisset, legatum putant; Labeo id probat, idque verum est. In der lateinischen Sprache kann *vinum dare* ebensowohl gedeutet werden: „den Wein," nämlich den im Nachlaß vorfindlichen, als „Wein", oder wie man in Baiern und Oesterreich zu sagen pflegt, „einen Wein geben". Jener Deutung aber wird in L. 7. pr. cit. gegen die Meinung des Trebatius der Vorzug gegeben, und vielleicht hätte Trebatius selbst dem beigepflichtet, wenn der Testator gesagt hätte „vinum do lego uxori meae," weil diese Legatsform, zumal zur Zeit des Trebatius, vor dem Sc. Neronianum, darauf hinwies, daß derselbe an den zur Zeit seines Todes zu seinem Vermögen gehörenden Wein dachte [97]). Recipirt also ist die günstigere Auslegung: „jedoch nur für die lateinische Sprache, nicht für die unsrige, in der jene artikellose Zweideutigkeit wegfällt:" so setzt Brinz a. a. O. hinzu, unter Bezugnahme auf Vangerow, Pand. II. §. 550. Anm. 3., welcher zu L. 7. pr. cit. bemerkt: „Ob diese Entscheidung auch dem Geiste der deutschen Sprache angemessen sei, muß bezweifelt werden; wir müssen wohl unterscheiden, ob der Erblasser die fraglichen Sachen ohne Zufügung des Artikels (ich vermache dem Titius Wein, Oel u. s. w.), oder mit einem solchen (ich vermache dem Titius den Wein, das Oel u. s. w.) hinterlassen hat, und im ersten Falle müßte wohl die Bestimmung des Quantum

96) Vgl. L. 14. D. de annuis leg. XXXIII. 1.

97) Vgl. oben Seite 18. Anm. 40. Ich kann daher nicht zugeben, was Brinz a. a. O. bemerkt, daß die Damnationsformel für Trebatius hier unerheblich gewesen sei.

dem billigen Ermessen des Onerirten überlassen werden, der dabei dann insbesondere das Bedürfniß des Legatars zu berücksichtigen hätte [98])." Aber mit Recht scheint Unger (Erbr. §. 70. Anm. 1.) jenes sprachliche Bedenken als ungegründet abzuweisen und zu behaupten, die Beziehung auf den im Nachlasse vorhandenen Vorrath könne unter Umständeu auch dann deutlich gegeben sein, wenn der Erblasser weder Fürwort noch Artikel vorgesetzt hat, z. B. ich vermache dem A meine Eßwaaren; Bier und Wein, Essig und Oel soll dagegen der B bekommen. Warum Vangerow (7. Aufl. II. S. 530.) dieses Beispiel „schwerlich zutreffend" findet, ist nicht wohl einzusehen. Und wird er auch folgendes Beispiel nicht zutreffend finden: „Ich setze zu meinem Erben ein den A, vermache jedoch 1) der B Schmucksachen und Leinenzeug; 2) Küchengeräthschaften und Tischgeschirr der C; 3) dem D das Handwerksgeräthe, 4) Wein, Bier, Essig und Oel dem E"? Niemand, denke ich, wird zweifeln, daß hier überall das Vorhandene jeder Gattung vermacht sein solle, und das um so weniger, da sonst das eine oder andere Vermächtniß als ganz inhaltleer erscheinen würde; denn auch darin scheint Unger Recht zu haben, wenn er Vangerow's Entscheidung des von ihm unterstellten ersten Falles als willkürlich und unhaltbar tadelt: wie soll bei einer einmaligen Leistung das Bedürfniß des Legatars an Essig, Oel und dgl. einen Maßstab abgeben? und das Bedürfniß etwa für dessen ganze Lebenszeit? und entspricht dies dem Ausdrucke des Trebatius: quantum heres dare voluisset?

Was nun hier von anderen vertretbaren Dingen

98) Buchstäblich übereinstimmend Tewes Erbr. II. §. 109. a. E.

gesagt ist, das findet ebenso auf Geld, baares Geld, Anwendung. Wenn der Testator verfügt hatte: nummos oder pecuniam oder pecuniam numeratam Titio do lego oder heres damnas esto dare, so war auch dies von den im Nachlasse vorfindlichen Geldstücken, von dem baaren Gelde des Nachlasses zu verstehen, und so ist es auch nach heutigem Rechte zu halten, sei es nun, daß der Erblasser sich des bestimmten Artikels bedient hatte, „das baare Geld, die Baarschaft", oder nicht, vorausgesetzt nur im letzten Falle, daß es gleichwohl deutlich erhelle, der Erblasser habe damit nichts anderes gemeint, als was der erste Ausdruck bezeichnet, wie z. B., wenn er den vorhin angeführten Vermächtnissen noch hinzugefügt hätte: „5) baares Geld, Baarschaften, dem F." Uebrigens ist darunter nach heutigem Rechte unzweifelhaft auch Papiergeld, oder was dem als currentes Zahlungsmittel im Verkehr gleichgeachtet wird, wie Banknoten, mitbegriffen [99]), und mag man selbst auch wohl die heutzutage üblichen Kassascheine und Cheks darunter beziehen, da diese eigentlich nichts anderes sind, als Surrogate baaren Geldes, das bei einer Creditanstalt (irregulariter) deponirt ist, und auch im Verkehr sehr gewöhnlich als Zahlungsmittel verwendet werden. Dagegen gibt das Vermächtniß des baaren Geldes oder der Baarschaft dem Legatar entschieden keinen Anspruch auf ausstehende Kapitalforderungen, und ebenso auch nicht auf Creditpapiere, die als Kapitalanlage dienen, seien sie als Inhaberpapiere oder auf Namen ausgestellt. Mit Recht wurde die Klage eines Legatars, welchem die Baarschaften vermacht worden, und der kraft dieses Vermächtnisses

99) Vgl. österr. Gesetzb. §. 680. „Zur Barschaft gehören auch jene öffentlichen Creditspapiere, welche im ordentlichen Umlaufe die Stelle des baren Geldes vertreten."

nicht blos das vorräthige Geld, sondern auch ausstehende Kapitalien und andere Forderungen des Erblassers in Anspruch nahm, als nicht minder ungereimt abgewiesen, wie die eines anderen Legatars, dem „sämmtliche Gläsereien" vermacht waren und der nun kraft dessen begehrte, daß ihm alle Fensterscheiben in dem Hause des Erblassers herauszugeben oder deren Werth zu erstatten sei: mit Recht selbst nach römischem Rechte, wenn pecunia legata fuisset, obwohl in der römischen Rechtsprache das Wort pecunia auch in einer weiteren Bedeutung vorkommt [100]); mit Recht vollends heutzutage in dem angeführten Falle, da Niemand dem Worte „baares Geld", oder „Baarschaft" eine so weit greifende Bedeutung beilegt, wie sie dem lateinischen pecunia bisweilen zukommt [1]), wenn man auch nicht selten von Jemanden sagt, er habe viel Geld, obgleich seine Baarschaft zur Zeit sehr gering sein mag [2]).

Wesentlich verschieden von dem Vermächtnisse bestimmter Geldstücke oder vorräthigen baaren Geldes ist das Vermächtniß einer Geldsumme in abstracto, einer bestimmten quantitas pecuniae, deren Größe nur durch Angabe einer Anzahl von Geldstücken oder Münzen einer gewissen Art und eines gewissen Geldgehaltes bezeichnet wird. Diese Angabe kann die Bedeutung haben, daß gerade die bestimmte Anzahl von Geldstücken dieser Art dem Vermächtnißnehmer zukommen solle. In der Regel, namentlich dann, wenn die angegebene Münzsorte eine bei Geldzahlung und Geldberechnung geläufige Münzeinheit

100) L. 178. pr. 222. D. de V. S. L. 16. L. 30. pr. D. de legat. I.

1) Grimm's Wörterbuch I. S. 1056.

2) Vgl. darüber Gebr. Overbeck, Meditationen Bd. 9. Nr. 489. Stryk usus mod. lib. XXXIV. tit. 2. §. III.

ist, hat sie nur die Bedeutung, daß dadurch die Größe der Geldsumme bestimmt werde, nicht auch die Münzsorte, welche das Zahlungsmittel abgeben soll. In dem einen wie in dem anderen Fall aber kommt es nicht darauf an, ob sich jene bestimmte Stückzahl oder so viel baares Geld überhaupt, als der dadurch bezeichneten Geldsumme entspricht, in der Erbschaft vorfindet oder nicht, so wie dies auch bei dem Vermächtniß einer jeden anderen Quantität vertretbarer Dinge nicht erforderlich ist; wenn nur der Betrag des Vermächtnisses in dem Vermögensbetrage der Erbschaft seine Deckung findet [3]). So sagt L. 12. pr. D. de legat. II. Si pecunia legata in bonis legantis non sit, solvendo tamen hereditas sit, heres pecuniam legatam dare compellitur, sive de suo, sive ex venditione rerum hereditariarum, sive unde voluerit. Zur Wirksamkeit des Vindicationslegats als solchen war es allerdings erforderlich, daß sich die vermachte Geldsumme zur Todeszeit in baarem Gelde im Nachlaß des Erblassers vorfand; aber nach dem Sc. Neronianum war dieser Umstand von keiner oder nur geringer Erheblichkeit mehr [4]); als Damnationslegat war das Vermächtniß einer bestimmten Geldsumme von jenem Umstande immer unabhängig und gerade dieses von besonders strenger Wirkung [5]). Wenn auch der Erblas-

3) L. 3. pr. D. de tritico leg. XXXIII. 6. L. 88. D. de V. S. L. 16.

4) Vgl. oben S. 18. Anm. 40. S. 37. Anm. 75. fg.

5) Vgl. österr. bürg. Gesetzb. §. 658. a. E. „Das Legat einer Summe Geldes verbindet den Erben zur Zahlung derselben, ohne Rücksicht, ob bares Geld in der Verlassenschaft vorhanden sei oder nicht“.

ser einen bestimmten Fond bezeichnet hat, aus welchem die vermachte Summe zu gewähren sei, so ist dies doch im Zweifel nicht so zu verstehen, daß die Summe nur insoweit, als jener Fond dazu ausreiche, zu entrichten sei. So entscheidet L. 96. pr. D. de legat. I. (Julian. lib. XXXIX. Dig.):

Quidam testamento vel codicillis ita legavit: *aureos quadringentos Pamphilae dari volo, ita ut infra scriptum est; ab Julio actore aureos tot, et in castris quos habeo tot, et in numerato quos habeo tot;* post multos annos eadem voluntate manente decessit, quum omnes summae in alios usus translatae essent: quaero, an debeatur fideicommissum? Respondi: verosimilius est, patremfamilias demonstrare potius heredibus voluisse, unde aureos quadringentos sine incommodo rei familiaris contrahere possint, quam conditionem fideicommisso iniecisse, quod initio pure datum esset, et ideo quadringenti Pamphilae debebuntur.

Also selbst dann, wenn der Erblasser gesagt hätte: „aus meiner Baarschaft (ex numerato) vermache ich so viel", soll das Vermächtniß nicht von dem Bestand der Baarschaft abhängig sein. Doch kann wohl eine solche Anweisung eine Modalität in Betreff der Auszahlung des Vermächtnisses bewirken, z. B. in dem Falle der L. 26. pr. D. quando dies legat. XXXVI. 2. (Pap. lib. IX. respons.):

Firmio Heliodoro, fratri meo, dari volo quinquaginta ex reditu praediorum meorum futuri anni: postea non videri conditionem additam, sed tempus solvendae pecuniae prolatum videri, respondi; fructibus fini relictae pecuniae

non perceptis, ubertatem esse necessariam anni secundi [6]).

Wenn aber aus der Anordnung des Erblassers als dessen Willensmeinung zu erkennen ist, daß der Ertrag eines Gegenstandes oder ein Theil desselben eigentlich Gegenstand des Vermächtnisses sein solle, „nicht blos Bedeckungsfond desselben" [7]), daß jener nicht demonstrationis, sondern taxationis causa genannt ist, so kann die Summe auch nur soweit, als jener Ertrag reicht, gefordert werden [8]).

Der Unterschied zwischen dem Vermächtniß einer Summe wie einer anderen Quantität und dem Vermächtniß bestimmter Geldstücke oder baaren Geldes tritt ferner dann bedeutend hervor, wenn derselben Person von demselben Erblasser mehrmals das Gleiche oder dasselbe als Vermächtniß angewiesen ist. In dem zweiten Falle, wie bei jeder species legata, ist kein Zweifel, daß der Vermächtnißnehmer den Gegenstand nur einmal fordern kann. Vgl. L. 34. §. 1. D. de legat. I. (Ulp. lib. XXI. ad Sab.)

Si eadem res saepius legetur in eodem testamento, amplius quam semel peti non potest, sufficitque vel rem consequi vel rei aestimationem.

6) Haloander emendirt hier: *et ex fructibus fundi relicta pecunia non percepta, ubertatem etc.* Statt *postea* will Cuiacius setzen *propter ea*, wie in §. 1. ibid. *propter ea verba.* Obs. XVIII. 16. und im Comm. ad Pap. respons. lib. IX. ad h. l. (opp. III. col. 521. IV. col. 1241.)

7) Unger Erbr. §. 70. Anm. 2.

8) Arg. L. 5. D. de trit. leg. XXXIII. 6. L. 34. §. 2. D. de legat. III. Vgl. Cuiac. l. c. Averanii interpret. II. 27. mit Unger a. a. O.

mit §. 4. ibid.

(Si certum corpus nummorum saepius sit relictum), utputa centum, quae in arca habet, saepius legavit . . . fundo legato esse comparandum credo.

Im ersten Falle dagegen ist es eine Frage der Willensauslegung, ob nicht der Erblasser die gleiche Summe mehrmals habe vermachen wollen; denn die gleiche Summe ist nicht nothwendig dieselbe Summe, ein und derselbe Vermächtnißgegenstand. Die Frage, ob dies als Wille des Erblassers anzunehmen sei, beantwortet Ulpian für den Fall, daß in demselben Testament die gleiche Summe mehrmals derselben Person vermacht ist, in L. 34. §. 3. D. l. c. folgendermaßen:

Sed si non corpus sit legatum, sed quantitas eadem in eodem testamento saepius, Divus Pius rescripsit, tunc saepius praestandam summam, si evidentissimis probationibus ostendatur, testatorem multiplicare [9]) legatum voluisse. Idemque et in fideicommisso constituit. Eiusque rei ratio evidens est, quod eadem res saepius praestari non postet, eadem summa volente testatore multiplicari potest.

Und damit stimmt überein, was weiter folgt in §. 5. 6. ibid.:

Sed si pondus auri vel argenti saepius sit relictum, Papinianus respondit, magis summae

9) Der Codex Flor. hat unrichtig: *multiplicasse*. — Zu den Worten: *evidentissimis probationibus* bemerkt Schulting ad h. l. „Haec verba olent Tribonianum, nec quadrant rationi sequenti: quin nec error hic facile praesumi potest.“

legato comparandum; merito, quoniam non species certa relicta videatur. —Proinde et si quid aliud est, quod pondere numero mensura continetur, saepius relictum, idem erit dicendum, id est, saepius deberi, si hoc testator voluerit.

Demnach wird im Zweifel angenommen, daß der Legatar die wiederholt genannte Summe nur einmal erhalten solle; diesem bleibt überlassen, die ihm günstigere Willensmeinung des Erblassers darzuthun. Anders aber wird entschieden, wenn die gleiche Summe zuerst im Testament, dann wiederum in einem Codicill demselben vermacht worden ist.

L. 12. D. de probat. XXII. 3. (Celsus lib. XVII. Dig.):

Quingenta testamento tibi legata sunt; idem scriptum in codicillis postea scriptis: refert, duplicare legatum voluerit an repetere et (an) oblitus, se in testamento legasse, id fecerit. Ab utro ergo probatio eius rei exigenda est? Prima fronte aequius videtur, ut petitor probet quod intendit; sed nimirum (Hal. interdum) probationes quaedam a reo exiguntur; nam si creditum petam, ille respondeat solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est; et hic igitur, quum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse (dicat), ipse heres id approbare iudici debet.

In diesem Falle wird also im Zweifel vielmehr angenommen, daß das in dem späteren Nachtrag zu dem Testament enthaltene Vermächtniß nicht eine Wiederholung des früheren sei, sondern als ein neues Vermächtniß zu jenem hinzukomme, der Bedachte also beide Summen zu fordern berechtigt sei, wenn nicht der

Beschwerte eine andere Willensmeinung des Erblassers darthue [10]). Und dasselbe gilt auch dann, wenn in derselben oder in einer anderen letzten Willensordnung mit

10) Anderer Meinung ist Schrader im Arch. für civ. Prax. Bd. 33. S. 14. fg. S. 24. Er glaubt, daß die Meinung des Celsus (in L. 12. pr. cit.) durch das Rescript des Pius Antoninus (nach L. 34. §. 3. cit.) verworfen sei, daher im Justinianischen Rechte nur mehr historische Bedeutung habe und nach diesem ein Unterschied zwischen den beiden Fällen, wenn das Vermächtniß derselben Summe in derselben letzten Willensordnung und wenn es in verschiedenen vorkomme, nicht mehr zu machen sei. Dieser Versuch, einen (wirklich nicht vorhandenen) Widerstreit verschiedener Stellen nach historischem Gesichtspunkt zu beseitigen, muß sehr bedenklich erscheinen, wenn man erwägt, daß L. 12. pr. cit. in dem Titel, der ex professo vom Beweise und der Beweislast handelt, L. 34. §. 3. cit. an einem ganz anderen Orte sich befindet, und ist um so weniger zulässig, da der Vf. selbst annimmt, daß über den fraglichen Punkt sowohl nach Antoninus Pius als vor ihm verschiedene Ansichten unter den römischen Juristen bestanden haben. Savigny System I. S. 283. Wenn Schrader zum Beweise dafür, daß Testament und Codicill auch in dieser Beziehung als ein zusammengehöriges Ganzes betrachtet werden und bei einer verwandten Frage es ausdrücklich für gleich erklärt werde, „ob zwei Legate in demselben Testament oder in Testament und Codicill verschafft sind," auf L. 9. D. de adim. leg. XXXIV. 4. sich beruft, wegen des Zusatzes a. E. „Idem est, si in codicillis id factum fuerit," so ist dies offenbar verfehlt; denn dieser Zusatz ist zu verstehen: „si in iisdem codicillis" — wie vorher „in eodem testamento" — „id factum fuerit." also nicht auf den Fall der L. 12. pr. cit., wo duae scripturae in Betreff des Vermächtnisses in Betracht kommen, zu beziehen. Vgl. Seuffert Pand. 3. Aufl. §. 607. Anm. 10. 11.

dem Vermächtniß der gleichen Summe zu Gunsten desselben Vermächtnißnehmers zuerst Einer und dann ein Anderer belastet worden ist, wofern nicht dargethan wird, daß der Erblasser den letzten anstatt des ersten mit dem Vermächtniß, das nur einmal hinterlassen sein sollte, belasten gewollt habe [11]).

Verwandt dem Falle mehrmaligen Vermachens derselben Summe ist es, wenn derselben Person von demselben Erblasser verschiedene Summen vermacht sind, insofern diese theilweise als dieselben Summen angesehen werden können. Consequent muß man hier nach dem Obigen dem Legatar im Zweifel den Anspruch auf alle Summen zuerkennen, wenn diese in verschiedenen Willensordnungen oder zur Last verschiedener Vermächtnißträger vermacht sind; im anderen Falle wird alles auf den Willen des Erblassers gestellt, ohne daß eine Vermuthung für die eine oder andere Auslegung aufgestellt ist.

L. 9. D. de adimend. leg. XXXIV. 4. (Ulp. lib. V. disput.)

> . . . Quare si in eodem testamento, in quo centum adscripserat, postea quinquaginta reliquerit, si quidem alia voluit esse haec quinquaginta, centum quinquaginta debebuntur; sin vero quinquaginta tantum deberi voluit., quinquaginta tantum debebuntur.

Daraus aber ergibt sich, daß der Legatar wenigstens 100 fordern kann, wenn nicht der Onerirte den Beweis erbringt, daß der Erblasser das erste Vermächtniß von 100 um 50 vermindern wollte, daß er dagegen 150 nur dann fordern kann, wenn er seinerseits

11) L. 44. §. 1. D. de legat. II.

den Beweis erbringt, daß der Erblasser das zweite Vermächtniß als Zugabe zu dem ersten hinzufügen wollte [12]). Es kommt aber hierbei überall darauf an, ob nicht nach der besonderen Beschaffenheit des einzelnen Falles eine bestimmte andere Willensmeinung des Erblassers sich erkennen lasse.

Abweichend vom römischen Rechte bestimmt das österr. bürg. Gesetzbuch §. 660.:

„Das Vermächtniß einer bestimmten Sache kann von dem Legatar, wenn es in Einer oder in verschiedenen Anordnungen wiederholt wird, nicht zugleich in Natur und dem Werthe nach verlangt werden. Andere Vermächtnisse, ob sie gleich eine Sache der nämlichen Art oder den nämlichen Betrag enthalten, gebühren dem Legatar so oft, als sie wiederholt worden sind".

Und übereinstimmend der hessische Entwurf III. 152:

„Ist eine gleiche Summe derselben Person in einer oder in verschiedenen letztwilligen Verfügungen mehrmals vermacht worden, so wird angenommen, daß

12) So entscheidet richtig Seuffert a. a. O. Anm. 11. 11.a. Anderer Meinung ist auch hier Schrader a. a. O. in Beantwortung der Frage: „Wenn in zwei mit einander geltenden letztwilligen Verordnungen demselben erst eine kleinere, dann eine größere Summe vermacht ist, hat man das im Zweifel als Vermehrung des vorigen Vermächtnisses oder als eine Ertheilung eines neuen zu dem vorigen anzusehen?" Er will beweisen, daß im Zweifel das letzte Vermächtniß nur als Vermehrung des früheren anzusehen sei, wenn es eine größere Summe, als Verminderung desselben, wenn es eine geringere Summe enthält. Aber diesen Beweis hat er nicht erbracht. Die dazu benutzten Belegstellen beziehen sich auf Fälle „mit faktischen relevanten Besonderheiten". Seuffert a. a. O.

der Erblasser dem Bedachten die Summe so vielmal habe vermachen wollen, als er das Vermächtniß wiederholt hat".

Darnach muß denn consequent wohl umsomehr angenommen werden, daß verschiedene demselben vermachte Summen alle zusammen vermacht sein sollen [13]).

Eine wichtige Frage in Betreff des Geldvermächtnisses ist noch die, wornach die Größe der vermachten Summe zu bestimmen sei? Vor allem entscheidet darüber natürlich der Ausspruch des Erblassers. Ist aber darin etwas unbestimmt, sei es, daß derselbe eine bestimmte Münzsorte gar nicht angegeben hat oder die Angabe einer mehrfachen Deutung unterliegt, so dient zur Richtschnur folgende Anweisung Ulpian's in L. 50. §. 3. D. de legat. I.:

Si numerus nummorum legatus sit, neque apparet, quales sunt legati, ante omnia ipsius patrisfamilias consuetudo, deinde regionis, in qua versatus est, exquirenda est; sed et mens patrisfamilias et legatarii dignitas vel caritas et necessitudo, item earum, quae praecedunt vel quae sequuntur, summarum scripta sunt spectanda.

Ist etwa bei einem Vermächtniß die Münzsorte nicht bestimmt angegeben, wohl aber bei anderen vor oder nachstehenden, so ist zu vermuthen, daß der Erblasser auch dort dieselbe im Auge gehabt habe. In der Regel aber wird die Benennung der Münzsorte nach der am Wohnorte des Erblassers üblichen Zahl- oder Rech-

13) Vgl. Unger Erbr. §. 70. Anm. 3., welcher dazu bemerkt: „Ob aber die Anordnung des §. 660. (hess. Entw. Art. 152.) den Willen des Erblassers wirklich trifft, ist doch noch sehr fraglich."

nungsmünze zu deuten sein, wo nicht ein besonderer Gebrauch des Erblassers erwiesen ist. Der persönliche Stand des Legatars oder dessen Verhältniß zum Erblasser kann unter Umständen rechtfertigen, den höheren Betrag als vermacht anzunehmen. Außerdem aber ist im Zweifel der geringere zu verstehen nach L. 75. D. de legat III. (Ulp. lib. XX. ad Sab.):

> Nummis indistincte legatis hoc receptum est, ut exiguiores legati videantur, si neque ex consuetudine patrisfamiliae neque ex regionis, unde fuit, neque ex contextu testamenti possit apparere.

Dies ergiebt sich daraus, daß der Legatar, wenn er die höhere Summe verlangt, den Nachweis zu erbringen hat, daß ihm diese vermacht, der Wille des Erblassers also darauf gerichtet gewesen sei [14]).

Wichtig endlich ist es noch, hervorzuheben, daß bei der Berechnung der Höhe der vermachten Geldsumme auf die Zeit der Errichtung des Vermächtnisses Rücksicht zu nehmen ist; vermacht ist diejenige Geldsumme, welche der Erblasser nach den damals bestehenden Geldverhältnissen unter der von ihm gewählten Bezeichnung sich gedacht hat. Wenn nun auch bis zum Tode des Erblassers eine Aenderung im Geldwesen eingetreten ist, nach welcher jetzt dieselbe Bezeichnung eine andere Geldsumme bedeuten würde, so kann dies doch auf jenes Vermächtniß keinen Einfluß haben und das damals Gewollte nicht alteriren, obwohl die Wirksamkeit des Vermächtnisses erst mit dem Tode des Erblassers beginnt und bis dahin dasselbe von diesem nach Belieben widerrufen werden konnte. Einige wollen zwar darin, daß der Erb-

14) Vgl. den Codex Fabrianus VI. 19. def. 12. Glaser's und Unger's Entscheidungen Bd. 2. Nr. 965.

lasser, mit der Münzveränderung bekannt, doch nicht eine Aenderung in dem Vermächtniß vorgenommen habe, die Vermuthung begründet finden, daß derselbe stillschweigend dem neuen Münzverhältniß sich accommodirt habe, und berufen sich zum Beweise dafür, daß es auf die Zeit der Entrichtung des Vermächtnisses ankomme, auf L. 9. D. de auro leg. XXXIV. 2. [15]). Aber jene Vermuthung ist ganz willkürlich, und diese Stelle durchaus nicht beweisend, da sie nur von der Schätzung einer vermachten Quantität Goldes oder Silbers (pondus auri vel argenti) spricht, die sich natürlich nach der Zeit der Leistung richtet, während es sich hier um die Bestimmung des vermachten Gegenstandes selbst nach der Willensmeinung des Erblassers handelt, und bei dem eben erwähnten Vermächtniß die Quantität eben so gewiß nach dem zur Zeit seiner Errichtung üblichen Gewichtmaße zu bemessen ist, wenn später z. B. ein leichteres Pfund eingeführt wird, wie das Vermächtniß einer Geldsumme nach den Münzverhältnissen zu jener Zeit, wenn nachher z. B. Gulden nach anderem Münzfuße eingeführt werden [16]). Uebereinstimmend hiermit bestimmt das preuß. Landrecht I. 12. §. 450. 451.

> „Legate, bei welchen keine Münzsorte bestimmt worden, sind in Silbercourant, so wie dasselbe zur Zeit der gerichtlich aufgenommenen oder übergebenen letztwilligen Verordnung gangbar war, zu entrichten".

15) Fachinei controv. iur. II. 10. Menoch. de praesumt. IV. 127. n. 24.

16) Vgl. Arndts, Pand. §. 205. Anm. 5. Codex Fabrianus VIII. 30. def. 15. Averanii interpret. III. 12. Hommel Rhapsod. I. obs. CXLVII. Schmid Abh. in was vor Münzsorte ist eine Geldschuld abzutragen? S. 290. Gebr. Overbeck Meditat. Bd. 1. Nr. 10.

„Ist das Legat in einem an sich gültigen außergerichtlichen Aufsatz enthalten, so wird bei Bestimmung der Münzsorte auf das Datum des Aufsatzes Rücksicht genommen" [17]).

Dieselbe Rücksicht muß auch eintreten, wenn in dem Vermächtniß eine Summe nach der üblichen Rechnungsmünze bestimmt ist mit Angabe einer Münzsorte, in welcher die Zahlung zu leisten sei; dabei aber ist zugleich der Verkehrswerth dieser Münzsorte zur Zahlungszeit im Verhältniß zu der bestimmten Summe zu beachten [18]).

Eine eigenthümliche Modification des Geldvermächtnisses endlich ist es, wenn als Zahlungsmittel dabei Obligationen oder Creditpapiere von wandelbarem Curswerthe angegeben sind, z. B. „dem A vermache ich 10,000 fl. zahlbar in Staatspapieren (Metalliques, Nationalanlehen und dgl.)." Hier entsteht die Frage, ob der Legatar diese Papiere zu ihrem Nennwerthe oder zu ihrem dermaligen Curswerthe anzunehmen, beziehungsweise zu fordern habe? Ein Gutachten von Hommel über einen Fall dieser Art [19]) kommt, durch eine Reihe von Zweifels- und Entscheidungsgründen sich windend, zu dem Schluß, daß der Legatar allerdings verbunden sei, zu Befriedigung seines Vermächtnisses die bezeichneten Werthpapiere für vollgültig sich anrechnen zu lassen. Dagegen wurde in einem anderen Falle, wo bei dem Vermächtniß einer Geldsumme dem Erben die Wahl ge-

17) Vgl. Gruchot II. S. 71. fg.

18) Arndts a. a. O. §. 405. im Text.

19) Hommel Rhapsod. IV. Obs. DLXXIV. „Do lego duo millia, quae heres obligationibus publicis (landschaftlichen Obligationen) solvet:" Dico, legatarium in pleno valore has publicas obligationes accipere debere?

lassen war, ob er die Leistung in baarem Geld oder in Staatspapieren und sonstigen Schuldurkunden machen wolle, oberstrichterlich entschieden, daß dem Legatar die Annahme von Papieren, die einen von ihrem Nennwerthe verschiedenen Curs haben, nur zum Curs zugemuthet werden könne [20]). Diese Entscheidung ist die richtige, auch wenn nicht, wie in diesem Falle, dem Erben ausdrücklich die Wahl zwischen baarem Gelde und Staatspapieren eingeräumt ist. Das entscheidende Moment ist, daß nicht Papiere in gewissem Betrage vermacht sind, wobei man zunächst an den Nominalbetrag zu denken berechtigt wäre, sondern eine Geldsumme, wofür nur die Staatspapiere als Zahlungsmittel bezeichnet sind; der Legatar hat die Geldsumme zu fordern und kann daher an Staatspapieren so viele und bei einem Curs über Pari auch nur so viele verlangen, als nach deren Curs zur Zahlungszeit jene Summe repräsentiren. Wie sollte z. B. wer 2000 fl., in dreiprocentigen Obligationen zahlbar, vermacht, des Willens gewesen sein, daß der Legatar diese zu ihrem Nennwerthe annehmen müsse, wenn höchstens fünfprocentige al pari stehen? wie sollte der Erbe, wenn sich im Nachlasse Obligationen von verschiedenem Procentsatz vorfinden, berechtigt sein, die geringeren und deshalb im Curse tieferstehenden Papiere zu ihrem Nennwerthe als Zahlung aufzudrängen? Ein Argument, dessen sich Hommel bedient, kehrt sich geradezu gegen ihn. Deinde, sagt er, valor, quem commerciorum cursus his publicis obligationibus hodie maiorem, cras leviorem statuit, valde incertus et vagus est. Sane ipsa testatrix ad amussim scire non potuisset, quantam le-

20) Seuffert's Archiv für Entscheidungen. Bd. 3. Nr. 351.

gatario summam relinqueret. Aber die Geldsumme ist ein für allemal bestimmt und immer dieselbe; wie hoch aber das Vermächtniß sich belaufe, wenn der Legatar die Papiere zum Nennwerthe annehmen muß, das kann der Testator bei dem wandelbaren Curse derselben eben nicht wissen. Wenn er dagegen die Staatspapiere selbst vermacht, so hat er einen Gegenstand von wandelbarem Werthe vermacht, den der Legatar eben annehmen muß, wie er ist.

Ein verwandter Fall ist es, wenn eine Summe, zahlbar in anderen Schuldforderungen, ohne specielle Angabe derselben, vermacht ist. Dabei kann die Frage entstehen, ob der Beschwerte für die Güte der zum Zweck der Zahlung dem Legatar überlassenen Forderungen einzustehen habe. Ist eine bestimmte Forderung Gegenstand des Vermächtnisses, so haftet der Vermächtnißträger für die Güte der Forderung, nach L. 75. §. 1. 2. D. de legat. I., nicht. Dort aber ist nicht eine bestimmte Forderung vermacht, sondern eine bestimmte Geldsumme; Forderungen, unbestimmt welche, werden nur als Mittel angegeben, durch welche der Vermächtnißträger nach seiner Wahl dem Vermächtnißnehmer jene Summe verschaffen könne. Es ist offenbar eine falsche Auffassung, wenn man ein solches Vermächtniß umwandelt in ein generelles Vermächtniß der Forderungen, wobei im Zweifel der Legatar das Recht der Auswahl unter den in der Erbschaft vorhandenen Forderungen habe [21]). Wenn nun der beschwerte Erbe dem Legatar Forderungen zugewiesen hat, welche als uneinbringlich diesem die bestimmte Summe nicht wirklich verschaffen, so kann man, wie

21) Diese falsche Auffassung scheint der Entscheidung zum Grunde gelegt zu sein, welche in Seuffert's Arch. Bd. 17. Nr. 73. mitgetheilt ist.

in L. 29. §. 3. D. de legat. III., sagen, er habe seine Verbindlichkeit nicht wirklich erfüllt, müsse also den Ausfall an der vermachten Summe anderweitig decken. So wurde oberstrichterlich in einem Falle richtig entschieden, wo das Vermächtniß auf eine bestimmte Summe, „zahlbar in gerichtlichen Pfandscheinen nach Auswahl des Erben", lautete [22]), und mit Recht wird es von dem Herausgeber beanstandet, daß in Betreff eines Vermächtnisses von 8000. fl. „in Geld oder Kapitalien" das oberste Gericht bei seiner Entscheidung von der Ansicht ausging, daß die Erben ohne ein besonderes Versprechen gesetzlich für die Einbringlichkeit der an Zahlungsstatt abgetretenen Forderungen nicht zu haften hätten [23]), indem er bemerkt, daß, wo nur bestimmt sei, daß durch eine Forderung in genere die vermachte Summe entrichtet werden könne, durch Abtretung einer nicht einbringlichen Forderung die Vermächtnißverbindlichkeit nur scheinbar getilgt werde [24]). Es muß eine besondere Beschaffenheit der Umstände vorliegen, um eine andere Entscheidung gerechtfertigt zu finden.

§. 1519.

Vermächtniß einer dem Vermächtnißnehmer selbst gehörigen Sache.

Eine Sache, die schon mein eigen ist, kann mir nicht erst zu eigen gegeben werden. Daher ist, wie die Stipulation meiner eigenen Sache, so auch das Vermächtniß, wodurch mir dieselbe hinterlassen ist, wirkungslos. Das wird als Regel ausgesprochen in

22) Seuffert's Arch. Bd. 19. Nr. 172.

23) Seuffert's Arch. Bd. 11. Nr. 62. Anm. 1.

24) Arg. L. 29. §. 3. cit. L. 45. §. 2. L. 110. D. de legat. I. Vgl. oben Seite 167. fg.

§. 10. J. de legat. II. 20.

Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile legatum est, quia quod proprium est ipsius, amplius eius fieri non potest.

Und ausdrücklich erklärt dasselbe auch vom Fideicommiß L. 13. Cod. de legat. VI. 37.

Proprias res tuas legari vel fideicommitti tibi non potuisse certum est [25]).

Der angegebene Grund würde jedoch die Wirksamkeit des Vermächtnisses nicht ausschließen, wenn nur zur Zeit des Todes des Erblassers, nach welchem diese überall erst eintreten kann, die Sache nicht im Eigenthum des Legatars sich befindet. Gleichwohl wird ausdrücklich gesagt, daß jenes Vermächtniß auch dann nicht

25) Vgl. L. 84. §. 8. D. de legat. I. L. 82. §. 2. in F. D. de legat. II. L. 37. pr. D. de legat. III. — Roßhirt II. S. 140. bemerkt auffallender Weise, der in §. 10. J. cit. angegebene Grund passe nur auf das Vindicationslegat, denn er setze voraus, daß der Anordnende die Sache in Natur zum Eigenthume des Legatars machen wollte, warum nach L. 13. Cod. cit. „eine solche Anordnung selbst in der Richtung des Fideicommisses ungültig war," das sei „aus dieser ganz kurzen Stelle auch nicht einmal zu diviniren." Als Vindicationslegat war ja das Legat einer Sache des Legatars schon aus dem Grunde ungültig, weil diese nicht eine Sache des Testators war. Jener Satz bezog sich vielmehr auf das Damnationslegat und hatte seinen Grund darin, daß man nicht klagen konnte, dari oportere was man schon hat. §. 14. J. de action. IV. 6. Die L. 13. Cod. cit. beweist nun, daß man eben so das Fideicommiß beurtheilte, obwohl in Folge dessen nicht auf dari oportere geklagt wurde, weil doch auch dieses auf ein Verschaffen des Eigenthums gerichtet war, das an den Eigenthümer selbst „eine Unmöglichkeit ist."

wirksam werde, wenn der Legatar nach Errichtung desselben die Sache veräußere.

§. 10. J. cit. . . . et licet alienaverit eam, non debetur nec ipsa nec aestimatio eius.

L. 41. §. 2. D. de legat. I. (Ulp. lib. XXI. ad Sab.):

Et si quidem ab initio non constitit legatum, ex postfacto non convalescet, quemadmodum nec res mea legata mihi, si post testamentum factum fuerit alienata, quia vires ab initio non habuit legatum.

Dies erklärt sich aus der Catonianischen Regel, wornach das Legat, welches bei sofort erfolgtem Tode des Erblassers wirkungslos wäre, auch im Fall späterer Veränderung der Umstände nicht wirksam wurde [26]). Darum ist auch das Legat der eigenen Sache des Legatars nicht unwirksam, wenn es unter irgend welcher Bedingung, die erst nach dem Tode des Erblassers in Erfüllung gehen mag, hinterlassen ist, quia ad conditionalia Catoniana regula non pertinet [27]), wofern nur zur Zeit des Todes oder, wenn die Bedingung erst später erfüllt wird, zur Zeit der Erfüllung die Sache nicht mehr im Eigenthum des Legatars sich befindet [28]), sowie auch ausdrücklich auf diesen Fall das Vermächtniß gültig gestellt werden kann [29]). Und eben so kann das

26) Dig. de regula Catoniana. XXXIV. 7. Vgl. den Comment. zu diesem Titel.

27) L. 41. §. 2. cit. L. 98. D. de cond. et dem. XXXV. 1. vgl. L. 31. 98. D. de V. O. XLV. 1.

28) L. 41. §. 2. cit. „Sed si sub conditione legetur, poterit legatum valere, si existentis conditionis tempore mea non sit.“

29) L. 18. D. de legat. II. Heredem meum ita tibi ob-

Vermächtniß ungeachtet der Catonianischen Regel auch dann wirksam werden, wenn es an eine Bedingung geknüpft ist, deren Erfüllung noch vor dem Tode des Erblassers oder durch dessen Tod sich entscheiden soll [30]), und so denn insbesondere, wenn dem Legatar seine eigene Sache vermacht ist unter der Bedingung, falls er dieselbe bei Lebzeiten des Erblassers veräußert haben würde, nach L. 1. §. 2. D. l. c. (Celsus lib. XXXV. Dig.):

> Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, *si eum vivo testatore alienaveris*, legatum tibi debetur: quod non deberetur, si testator statim decessisset.

Weil die Worte „*si eum . . . alienaveris*" nicht ausgezeichnet waren, auch in der florentinischen Handschrift so wenig wie in den gedruckten Ausgaben, so wurde vielfach verkannt, daß darin eine vom Testator ausgesprochene Bedingung liege, und so glaubte man, daß Celsus in dieser Frage abweichender Meinung gewesen sei [31]), und fand darin einen unauflöslichen Widerspruch mit §. 10. J. cit. und L. 41. §. 2. D. de legat. I., der nur durch Verwerfung der Meinung des Celsus als des älteren Juristen zu beseitigen sei [32]),

ligare possum, ut, si, quandoque ego moriar, tuus servus Stichus non erit, dare eum tibi damnas sit.

30) L. 1. §. 1. L. 2. D. de reg. Cat. XXXIV. 7.

31) So selbst Cuiacius ad §. 10. J. cit. (Opp. VIII. col. 997.) und in den Notae ad lib. XXXIV. Dig. (Opp. X. col. 477.); dsgl. Bachov. ad §. 4. J. de legat. pag. 549.). Westenberg principia iur. lib. XXX—XXXII. §. 47. Janus a Costa ad §. 10. J. l. c.

32) So noch Göschen Civilrecht III. 2. S. 578. fg., welcher vier Gründe anführt, warum die Meinung des Celsus weichen müsse: weil 1) die entgegengesetzte allein den all-

ohne zu bemerken, daß darnach der Sinn der Bemerkung des Celsus im Zusammenhang mit §. 1. desselben Fragments ganz verdreht und verkannt wird [33]). Mit Recht haben daher Andere der Stelle die obige Deutung gegeben [34]), wenn auch dabei der eigentliche Gedankengang derselben nicht klar erkannt oder dargelegt wurde [35]). Manche aber haben nun noch darin ge-

gemeinen Grundsätzen angemessen sei, 2) in der Mehrzahl der Stellen sich finde, 3) die entgegenstehenden Stellen von späteren Juristen herrühren und 4) deren Ansicht in den Institutionen und im Codex aufgenommen sei. Vgl. auch Keller Pand. §. 363.

33) Bachoven a. a. O. bemerkt, die Auffassung jenes Satzes als einer vom Testator gesetzten Bedingung sei unzulässig, weil Celsus darnach nicht, wie er doch wolle, eine Ausnahme von der Catonianischen Regel, als welche überhaupt auf bedingte Vermächtnisse sich nicht beziehe, anführen würde. Aber er übersieht, daß Celsus nach §. 1. Fälle anführen will, in welchen die Regel falsch sei. Vgl. Arndts im Rhein. Mus. V. S. 206. fg. 229. fg.

34) So Donell. VIII. 13. §. 4. Vinnius und Otto ad §. 10. J. de legat. Voet. ad Pand. lib. XXX—XXXII. §. 29. Huber praelect. ad J. II. 20. §. 8. Maians. disputat. XLIII. §. 20. (tom. II. pag. 153. sq.) Schweppe Privatrecht V. S. 279. Anm. 5. Harnier de regula Caton. pag. 72. Roßhirt II. S. 142. Vgl. auch Duaren. ad L. 41. §. 2. cit., welcher auch diese Gelegenheit wieder benutzt, um, wie es scheint, dem Cuiacius einen Hieb zu geben, indem er sagt: Alii, nescio qui, sese ita expediunt, ut dicant Celsum ab Ulp. dissensisse. Haec nimirum est facilis et expedita iuris docendi ratio, sed quae grammaticum trivialem decet magis, quam Jureconsultum.

35) Das Richtige deutet schon Vinnius a. a. O. an, indem er sagt: Verum ego puto, quod nescio an quis-

fehlt, daß sie als Bedingung, unter welcher das Legat wirksam sei, gerade nur diese anführen: wenn der Legatar die Sache nachher veräußern werde [36]). Das Legat

quam alius animadvertit, Celsum peculiari quadam ratione duas illas species, quas proponit, quasi hae etiam verbis regulae contineantur, excipere; quia, cum conditio in utraque specie adscripta talis sit, ut deficiat, si statim testator decedat, si longiuscule vivat, impleri possit, fieri utroque casu potest, ut, contra quam regula definit, legatum, quod non valuisset, si statim decessisset testator, valeat, si diutius vixerit. Ad cetera autem legata conditionalia nec verba regulae pertinent. Genauer dargelegt ist der Gedankengang des Celsus von Arndts a. a. O. und im Rechtslexikon S. 296. 328. fg. Vgl. Pand. §. 569. Anm. 4. Vangerow Pand. §. 525. Anm. 1. §. 540. Anm. II. 1. Puchta Vorles. II. §. 522. Vering Erbr. S. 690.

36) So Berger oecon. iur. II. 4. th. 24. Mueller zu Struvii syntagma exercit. XXXV. §. X. not. 8. Wening-Ingenheim V. §. 456. not. y. Mühlenbruch §. 741. Anm. 9. Burchardi Lehrb. §. 379. Anm. 18. Auch Thibaut §. 903. scheint dieser Meinung zu sein, indem er sagt: „Die eigenen Sachen des Legatars können demselben nur bedingt auf den Fall der künftigen Veräußerung derselben vermacht werden. Ist das Legat unbedingt, so ist es auf immer ungültig." Doch könnte dieser Satz etwa auch so verstanden werden: Die eigene Sache könne dem Legatar unter einer beliebigen Bedingung, die Veräußerung derselben vorausgesetzt, wirksam vermacht werden. Die unrichtige Meinung liegt zum Grunde, wenn in Gothofredischen Ausgaben des Corpus iuris in L. 41. §. 2 D. de legat. I. Die Worte: *si existentis conditionis tempore mea non sit vel aedibus iuncta non sit*, durch den Druck ausgezeichnet sind, als ob sie eine ausgesprochene Bedingung des Legats angeben sollten, wie es in L. 1. §. 2. D. de reg. Cat. mit

ist wirksam oder vielmehr kann wirksam werden, wenn es überhaupt unter einer Bedingung angeordnet ist, die nach dem Tode des Testators noch in Erfüllung gehen kann; denn auf ein so bedingtes Vermächtniß findet die Catonianische Regel überall keine Anwendung und nur diese ist es, die dem Wirksamwerden des Vermächtnisses einer Sache, die zur Zeit der Errichtung im Eigenthum des Legatars sich befindet, im Wege steht. Mit anderen Worten: Nur das unbedingte Vermächtniß einer solchen Sache ist und bleibt unwirksam, und nur mit dieser Beschränkung ist der Satz, der in §. 10. J. und in L. 13. Cod. l. c. ausgesprochen wird, als richtig anzuerkennen [37]).

Aber auch das unbedingte Vermächtniß einer im Eigenthum des Legatars befindlichen Sache ist nicht

Recht geschehen würde. So hat jene Meinung auch in dem Projekt des Corp. iur. Fridericiani II. 8. Tit. 2. §. 31. Aufnahme gefunden: „Wenn der Testator die Condition beifügt, wenn das Ding aufhören wird, des Legatarii zu sein. Welchenfalls der Erbe existente Conditione das Legatum praestiren muß.“ Vgl. auch das Bayer. Landrecht III. 7. §. 8. und Kreittmayr's Anmerkung dazu. — Ebenso neuestens noch das sächsische Gesetzb. §. 2461., hessischer Entw. Art. 139.

37) Dies geht unbestreitbar hervor aus den S. 225. Anm. 27. 28. angeführten Stellen, und mit Recht bemerkt Vangerow (7. Aufl. II. S. 436), nimmermehr zu rechtfertigen sei es, wenn man gerade nur die Bedingung: *si rem alienaverit legatarius* für zuläßig halte. Vgl. die in Anm. 34. 35. oben angeführten Schriftsteller und dazu noch unter anderen Struvii syntagma l. c. Westphal I. §. 153. Göschen a. a. O. S. 579. Seuffert Pand. §. 631. Anm. 7. Sintenis Civilr. III. §. 217. Anm. 13. Holzschuher Theorie und Casuistik II. 1. Erbr. Kap. X. §. 7. a. E. Tewes Erbr. II. S. 340.

immer völlig wirkungslos, kann vielmehr unter Umständen von sehr erheblicher Wirkung sein. Dies ist der Fall:

1) Wenn die Sache zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses zwar im Eigenthum des Vermächtnißnehmers ist, diesem Eigenthum aber ein Mangel anhaftet, kraft dessen dasselbe dem Eigenthümer ohne sein Zuthun wieder entgehen kann. Einen solchen Fall betrifft L. 82. §. 1. D. de legat. I. (Julian. lib. XXXIII. Dig.):

Si ex bonis eius, qui reipublicae causa aberat, rem usu acquisierim et ea, antequam evinceretur, mihi legata sit, deinde postea evincatur, recte ex testamento petam, eam mihi dari oportere.

Der Legatar hatte zwar Eigenthum, aber nur ein durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand des vorigen Eigenthümers gegen die vollendete Ersitzung anfechtbares (rescissibeles) Eigenthum; das Legat soll ihm das Eigenthum schlechtweg, unwiderrufliches Eigenthum, verschaffen; daher ist es wirksam, weil und insofern es mehr enthält, als der Legatar schon hat. Unbedenklich ist dasselbe zu behaupten, wenn aus einem anderen Grunde der Eigenthumserwerb des Legatars rückgängig werden kann, z. B. wenn dieser die Sache unter einer auflösenden Bedingung erworben hat, oder als Erbe belastet mit einem bedingten Legat zu Gunsten eines Dritten, dem im Falle der Erfüllung der Bedingung das Eigenthum zufällt [38]). Aber auch dann scheint es consequent, dasselbe anzunehmen, wenn nur kraft eines jetzt schon bestehenden Rechtsgrundes von einer gewissen Zeit an von selbst das Eigenthum des Legatars ein Ende haben wird, z. B. wenn Gegen-

38) Arg. L. 82. pr. D. de legat. I. L. 108. §. 5. eod.

stand des Legats eine Sache ist, die er als Erbe hat, die aber ex die einem Anderen vermacht ist, oder wenn dem Ehemann eine Sache, die er als Dotalsache im Eigenthum hat, vermacht ist [39]). Vangerow a. a. O. hat Bedenken gegen eine solche Erweiterung der Ausnahme, es sei denn, daß der Erblasser von diesem Sachverhältniß Kunde hatte. Allein, daß der Erblasser die Sache nicht als die seinige vermacht habe, das muß ohnehin vorausgesetzt werden, damit diese Ausnahme eintrete; warum aber gerade das von entscheidendem Einflusse sein soll, daß er genau das obige Sachverhältniß gekannt habe, warum z. B., wenn der Erblasser die Sache, die dem Legatar zur Dos gegeben ist, irrig für die Sache eines Dritten hielt, das Vermächtniß ganz wirkungslos sein müsse, während es, wenn er jenes Sachverhältniß gekannt hätte, wirksam sein soll, das vermag ich nicht einzusehen.

2) Wenn die Sache zwar zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses noch im Eigenthume des Vermächtnißnehmers ist, der Erblasser aber gegen denselben eine Forderung auf Uebertragung der Sache hat; diesen Fall beurtheilt in treffender Weise L. 39. §. 2. D. de legat. I. (Ulp. lib. XXI. ad Sab.), wie folgt:

> Si Titius a me rem emisset et eandem mihi legasset, antequam ei traderem, mox ei tradidero et pretium recepero, videtur quidem is prima facie rem mihi meam legasse et ideo legatum non consistere, sed ex emto actione liberatus utique per legatum rem vindicare potero, quam tradidi. Sed si nondum erat solutum mihi pretium, Julianus scribit, ex vendito

39) Arndts Pand. §. 128.

quidem me acturum, ut pretium exsequar (consequar), ex testamento vero ut rem, quam vendidi et tradidi, recipiam. Idem subiungit, si pretium quidem mihi erat solutum, rem autem nondum tradideram, ex testamento me agentem liberationem consequi.

Das Vermächtniß der schon gekauften, aber zur Zeit noch nicht überlieferten Sache des Legatars wird hier vorerst als ein Vermächtniß der Befreiung von der Verbindlichkeit aus dem Kaufvertrage, die Sache zu überliefern, betrachtet, als hätte der Testator verordnet: „Titio rem, quam ex causa emtionis mihi debet, lego"; [40]) oder „heres damnas esto Titium actione venditi liberare", oder „a Titio rem non petere" [41]). Hat nun der Legatar die Sache dem Erblasser auch nachher nicht überliefert, so kann er das Vermächtniß eben als Vermächtniß der Schuldbefreiung geltend machen, behält aber seinen Anspruch bezüglich des Kaufpreises, und kann diesen, wenn er ihm noch nicht bezahlt ist, mit der Klage aus dem Kaufcontrakt immer noch einfordern [42]). Hat er aber die Sache später an den Erblasser abgeliefert, so kann er nun dieselbe mit der Ver-

40) L. 1. pr. D. de liberat. leg. XXXIV. 3. L. 75. §. 2. D. de legat. 1. vgl. Vangerow Pand. II. §. 555. Anm. 1.

41) L. 2. 5. § 3. L. 7. §. 1. L. 19. D. de liberat. leg.

42) In dieser Beziehung könnte es allenfalls einen Unterschied machen, wenn das Vermächtniß lautete: „heres damnas esto Titium nexu venditi liberare", L. 26. §. 7. D. de cond. indeb. XII. 6., insofern dieses auch so ausgelegt werden könnte, Titius solle nicht an den Verkauf gebunden bleiben.

mächtnißklage sogar zurückfordern. Dagegen könnte jedoch das Bedenken erhoben werden, daß nach L. 7. §. 4. D. de liberat. legata das Vermächtniß der Schuldbefreiung zu nichte wird, wenn der Erblasser später noch die Erfüllung der Schuldverbindlichkeit erwirkt hat, und in der That wird man das Vermächtniß im fraglichen Fall als vereitelt ansehen dürfen, wenn der Erblasser den Verkäufer zur Ueberlieferung der Sache angehalten hat. Allein war diesem die gekaufte Sache schlechthin vermacht und hat nun derselbe freiwillig die Sache übergeben, so ist kein Grund vorhanden, ihm die Klage auf Rückgabe derselben zu versagen, und so wird in L. 39. §. 2. entschieden [43]). Uebrigens darf consequent dasselbe auch dann angenommen werden, wenn die Forderung auf die Sache nicht dem Erblasser, sondern dem Erben oder einem Dritten zustand, im letzten Fall jedoch nur

43) Auffallend möchte man es noch finden, daß Ulpian in diesem Falle sich des Ausdrucks *vindicare* bedient. Als per vindicationen vermachte konnte der Legatar die Sache doch jedenfalls nicht vindiciren, weil sie zur Zeit der Testamentserrichtung nicht im Eigenthum des Testators war. Auch ist es unzulässig, die Vindication dadurch zu begründen, daß die causa der Tradition durch das Vermächtniß vernichtet und darum die Sache im Eigenthum des Legatars geblieben sei; denn unmöglich kann das Legat in solcher Weise auf die Zeit vor dem Tode des Testators zurückwirken. Vielleicht hat aber Ulpian einen Fall vor Augen gehabt, wo eine res mancipi verkauft und nur tradirt war, also nun vom Legatar noch vindicirt werden konnte, ohne eine exceptio fürchten zu müssen. Sonst kann Ulpian das Wort vindicare nicht im strengen Sinne genommen haben. Nach Justinianischem Recht aber ist die Vindication unbedenklich, wenn nur der Testator noch zur Zeit seines Todes die Sache im Eigenthum hat.

dann, wenn der Erblasser von der Sachlage Kenntniß hatte [44]).

3) Wenn dem Erblasser an der Sache des Vermächtnißnehmers dingliche Rechte zustanden, welche diesem die Sache oder doch deren wesentlichen Vortheil entziehen; alsdann ist das Vermächtniß in der Art wirksam, daß nunmehr diese Rechte beseitigt werden, der Vermächtnißnehmer also seine Sache befreit von denselben behält. Dies wird namentlich für den Fall anerkannt, wenn der Emphyteuta das Grundstück dem Eigenthümer vermacht hat [45]) und muß zweifelsohne

44) Brinz Pand. S. 874. möchte „das, was nach L. 39. §. 2. D. eod. vom Verkaufe gilt, nicht verallgemeinert wissen." Aber wäre das wohl ein vernünftiges Recht, welches bestimmte, daß das Legat wohl dann, wenn der Legatar aus einem Kaufvertrage, nicht aber, wenn er aus einem Tauschvertrage oder einem Schenkungsversprechen oder einem Vermächtniß u. s. w. die Sache zu leisten verpflichtet ist, jene Wirkung habe? Eine philologische Erklärung des Wortes *emere*, scheint es, könnte das nicht plausibel machen.

45) L. 71. §. 5. D. de legat. I. (Ulp. lib. LI. ad edictum): Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat petique possit, videamus: et Julianus libro trigesimo octavo Digestorum scribit, quamvis fundus vectigalis municipum sit, attamen quia aliquod ius in eo is, qui legavit, habet, valere legatum. Brinz a. a. O. sagt zwar, es sei hier nicht res oder proprietas, sondern das ius in re vermacht, wie in §. 6. ibid. und in L. 86. §. 4. eod., aber mit Unrecht. Der Ausdruck „fundus vectigalis" bezeichnet zwar wohl das ius in agro vectigali, „praedium emphyteuticum" das ius emphyteuticum; aber hier hat der Jurist offenbar vorausgesetzt, daß den Worten nach schlechtweg der fundus, der aber vectigalis

eben so gelten, wenn der Superficiar ein gleiches Vermächtniß anordnet [46]). Aber auch wenn dem Testator ein Pfandrecht an der vermachten dem Legatar gehörigen Sache zustand, kann dasselbe in Anwendung kommen [47]), natürlich aber nicht, wenn jener den Ususfruktus daran hatte, weil dieser ohnehin durch den Tod desselben endigt [48]). Unbedenklich ist dasselbe auch dann anzunehmen, wenn solche Rechte dem Erben an der Sache zustehen, und zwar in diesem Falle auch dann, wenn es der Ususfruktus oder sonst eine persönliche Servitut ist, welche dem Vermächtnißträger an der Sache des Vermächtnißnehmers zustand, als welche auch nach dem Tode des Vermächtnißgebers noch fortbestehen würde [49]). Ob aber auch dann, wenn dieselben Rechte einem Dritten zustehen, ist sehr streitig. Es bezieht sich darauf eine vielbesprochene Stelle, die L. 66. §. 6. D. de legat. II. aus Papinian's lib. XVII. quaestionum. Diese bespricht zuerst den Fall, wenn an dem vermachten Grundstück, das im Eigenthum des Testators ist, ein Dritter den Nießbrauch oder ein Pfandrecht oder Possessio hat [50]), und fügt dann am Schlusse hinzu:

municipum ist, vermacht sei; es würde sonst sowohl die ratio dubitandi als decidendi nicht passen.

46) Arg. L. 86. §. 4. D. l. c.

47) Arg. L. 86. pr. D. eod.

48) Vgl. die Glosse ad L. 66. §. 6. D. de legat. II.

49) Arg. L. 76. §. 2. D. de legat. II. Vgl. oben S. 127. fg. 134. fg.

50) Vgl. oben S. 130. fg. Daß hier nur an den Fall gedacht ist, wenn der Testator seinen fundus vermacht hat, geht hervor aus dem Gegensatz si usus fructus *alienus* sit . . . vel *alienà* possessio sit. Auf den Fall, wenn das Grundstück eines Dritten Eigenthum ist und

Sin autem res mea legetur mihi, propter istas causas legatum non valebit.

Papinian scheint hiernach der Ansicht zugethan zu sein, daß, wenn auch bei dem Vermächtniß eines Grundstücks des Erblassers die Verpflichtung des Erben, die darauf haftenden Rechte dritter Personen abzulösen, anzuerkennen sei, in dieser Richtung doch nicht auch das Vermächtniß einer dem Legatar selbst gehörenden Sache wirksam werden könne, als welches der Hauptsache nach wirkungslos sei und bei welchem daher auch nicht von praestationes, quae legatum sequuntur, die Rede sein könne [51]. So findet denn Sintenis in dieser Stelle eine entscheidende Verneinung der oben aufgeworfenen Frage; er will darnach selbst das nicht zugeben, daß das Vermächtniß eine Wirkung habe, wenn dem Erblasser selbst an der Sache des Vermächtnißnehmers jene Rechte zustanden, ausgenommen das Recht der Emphyteuse und der Superficies [52]. Nur in Ansehung dieser beiden Rechte will er die Entscheidung Ulpian's in L. 71. §. 5. cit. gelten lassen, weil sich nur bei ihnen eine

daran wieder einem Vierten jene Rechte zustehen, kann die Stelle nicht bezogen werden; eben so wenig auf den Fall, wenn der Testator selbst der dinglich Berechtigte, nicht der Eigenthümer ist, wie die Glosse a. a. O. (Anm. 48.) voraussetzt. Vgl. oben S. 177. fg.

51) Jac. Gothofred. animadvers. iur. civ. cap. XX. in Otto's thesaur. iur. rom. III. pag. 328. fg. Vgl. Brinz a. a. O. „Rechte, die dritten Personen an der vermachten Sache zustehen, kann zwar, Prädialservituten ausgenommen, der Honorirte mitfordern, für sich allein aber — will die Stelle sagen — machen sie das Vermächtniß, wenn es sonst ungültig ist, nicht existent."

52) Sintenis Civilrecht III. §. 217. Anm. 16., in dem letzten Punkte abweichend von Brinz a. a. O.

solche Auslegung rechtfertigen lasse, „daß der Testator mit der gewählten Benennung des Grundstücks selbst nur die ihm daran zustehende Grundgerechtigkeit gemeint habe". Dies ist aber entschieden zu verwerfen; es widerstreitet dem dort angegebenen Grunde der Entscheidung: „quia tamen aliquod ius in eo is, qui legavit, habet, valere legatum", welchen nur in solcher Beschränkung zu deuten Willkür ist [53]). Wenn man aber auch nur an Rechte dritter Personen denkt, so erhebt sich doch gegen den Schlußsatz der L. 66. §. 6. cit. ein Bedenken aus L. 86 pr. D. de legat. I. (Julian. lib. XXXIV. Dig.), welche sagt:

Si tibi homo, quem pignori dederas [54]), legatus ab alio fuerit, actionem ex testamento habebis adversus heredem, ut pignus luatur.

Hier wird der Fall gesetzt, daß dem Eigenthümer der Sklave, den er zu Pfand gegeben, von einem Anderen vermacht sei; in Folge dessen soll er den Erben belangen können, daß er das Pfandrecht ablöse und ihn somit gegen die Entwährung der Sache durch den Pfandgläubiger sicher stelle. Brinz a. a. O. meint zwar, der vermachte Sklave könne „ebensowohl dem Testator

53) Vgl. L. 19. pr. D. de damno inf. XXXIX. 2. „Sive domini sint, sive aliquod in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius"; L. 30. D. de noxal. act. IX. 4. „si domini sint sive aliquid (*aliquod*) in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius."

54) In den Basiliken XLIV. 1. cap. 82. wird die Stelle so referirt, als hätte Julian geschrieben: „quem pignori tibi dederam." Mit Recht hat Sintenis a. a. O. einem kritischen Gelüste, das dadurch angeregt werden könnte, widerstanden. Die Textänderung *dederam* würde eine Textverschlimmerung sein; vgl. S. 134. fg. 177.

als dem Bedachten" gehört haben. Aber daß Julian an den ersten Fall gedacht habe, ist höchst unwahrscheinlich; er würde dann gewiß nicht gesagt haben: „ab alio" sondern „a domino" und müßte zudem vorausgesetzt werden, daß der Legatar als Nichteigenthümer den Sklaven verpfändet habe, also ein vollkommenes Pfandrecht zunächst noch nicht entstanden sei, sondern nur erst durch den Eigenthumserwerb des Legatars daraus hervorgehen könne.[55]). Jedenfalls genügt es, daß der Sklave „ebensowohl auch dem Bedachten als dem Testator" gehören konnte, und jedenfalls liegt es näher, in L. 86. pr. cit. jenen Fall vorauszusetzen [56]). Wenn nun in diesem Fall der Legatar auf Befreiung seiner Sache von dem Pfandrecht Anspruch hatte, so konnte man im Widerspruch mit L. 66. §. 6. cit. sagen: propter hanc causam valere legatum [57]). Und diesen Widerspruch

55) Vgl. Arndts Pand. §. 371. Anm. 1. a.

56) Man könnte allenfalls noch vermuthen, Julian habe den Fall besprochen, wenn der Legatar seine Sache durch Fiducia verpfändet hatte, wo er formell nicht mehr Eigenthümer war. Hier war es, wenn der Testator das Verhältniß kannte, ganz angemessen, den Onerirten nicht für verpflichtet zu halten, daß er dem Legatar die Sache oder deren Werth gewähre, sondern nur, daß er ihn durch Ablösung der Pfandschuld in den Stand setze, mittels der actio fiduciae die Rückübertragung des Eigenthums zu erwirken. Wenn aber dieser Fall so behandelt wurde, so ist es auch wieder wahrscheinlich, daß man, wie sonst, so auch hier im Fall der einfachen Verpfändung auf dasselbe praktische Resultat hinsteuerte, wie es in der vorliegenden L. 86. pr. anerkannt ist.

57) Als einen verwandten Fall betreffend hat man auch L. 43. §. 3. D. de legat. I. hieher bezogen, als wornach der redemtus ab hostibus sibi ipsi legatus Befreiung von dem vinculum pignoris wegen Ersatz des Lösegeldes

dadurch beseitigen zu wollen, daß man in L. 86. pr. cit. ein ius singulare erkennt, das ist ein überaus schwächlicher Nothbehelf. Wenn Sintenis a. a. O. die Annahme, daß die Entscheidung darin lediglich als zu Gunsten des Verhältnisses des Herrn zum Sklaven geschehen betrachtet werden dürfe, dadurch zu rechtfertigen versucht, daß dem Sklaven kein anderes Eigenthumsobjekt vergleichbar sei und dem Herrn mehr an der Auslösung des Sklaven als irgend eines anderen Objekts liegen könne, so genügt es zur Widerlegung, dazu nur ein großes Fragezeichen zu setzen [58]. Andere geben daher

erlangen soll (vgl. S. 91. Anm. 73.) Vangerow Pand. II. §. 525. Anm. 2. Aber diese Stelle „ist nur schwer für unsere Frage zu verwerthen." Brinz a. a. O. Vorerst nämlich ist dabei gewiß nur an den Fall gedacht, wenn der Testator selbst den Legatar losgekauft hatte; denn, war es in diesem Fall schon wunderlich, zu verfügen: „Titium, quem ab hostibus redemi, sibi ipsi do lego," wie sollte sich solcher Ausdrucksweise bedient haben, wer den Erben verpflichten wollte, den durch einen Dritten losgekauften Titius durch Zahlung des Lösegeldes zu befreien? Sodann ist das Verhältniß des Redemtus der Art, daß jenes Vermächtniß gar keinen anderen Sinn haben kann, als den ihm L. 43. §. 3. cit. beilegt, und eine Vergleichung desselben mit dem Legat der eigenen Sache des Legatars sehr hinkend erscheinen muß, zumal wenn man bedenkt, daß das letzte nur wirkungslos ist, quia exitum habere non potest (§. 11. J. de legat.), und wirkungslos bleibt, weil die Catonianische Regel seiner Convalescenz im Wege steht.

58) Auffallend ist übrigens, wie Sintenis gleichwohl unter Bezugnahme auf L. 86. pr. cit. in den Text den Satz aufnehmen mag: „Ist endlich Jemanden seine Sache vermacht worden, die er verpfändet hat, so gewährt das Vermächtniß den Anspruch auf Auslösung derselben durch Bezahlung der Pfandschuld."

einen unvereinbaren Widerspruch zwischen beiden Stellen zu und nehmen eine Meinungsverschiedenheit zwischen Papinian und Julian an, welchem letzten sie nach L. 71. §. 5. cit. den Ulpian als Meinungsgenossen zugesellen, da es in dieser Beziehung keinen wesentlichen Unterschied machen könne, ob dem Erblasser selbst das dingliche Recht an der vermachten Sache zustehe oder einem Dritten, abgesehen davon, daß im letzten Fall Kenntniß des Erblassers davon vorausgesetzt werde; sie geben aber für das Justinianische Recht der Ansicht des Julian und Ulpian den Vorzug vor der gelegentlichen Aeußerung Papinian's [59]). Jedoch erkennt Bachofen einen Widerspruch in den Quellen nicht an in Betreff des Ususfructus und sieht daher in dieser Beziehung noch die L. 66. §. 6. cit. als die allein entscheidende an, der keine andere widerspreche. Dagegen aber erklärt sich mit Recht Dernburg a. a. O. S. 137., weil eine solche Unterscheidung des Ususfructus von anderen dinglichen Rechten, außer den Grunddienstbarkeiten, unerklärlich wäre und Julian, wenn er Anlaß gehabt hätte, darüber sich zu erklären, gewiß nicht weniger bezüglich des Ususfructus dem Onerirten die Pflicht zur Liberation auferlegt hätte, mit Recht umsomehr, da dieses mit den oben in §. 1518. b. entwickelten Grundsätzen in Uebereinstimmung steht und Bachofen selbst Ulpian's Entscheidung in L. 71. §. 5. cit. auch für den Fall, daß einem Dritten das emphyteutische Recht zusteht, als maßgebend betrachtet, daß aber dort nicht auch in Betreff des Ususfructus dasselbe gesagt ist, sich von selbst

59) So unter den Neueren Bachofen Pfandrecht I. S. 134. fg. Friedr. Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht I. S. 156. fg. Anm. 4. Dernburg Pfandrecht I. S. 135. fg.

daraus erklärt, daß der dem Erblasser selbst zustehende Usufructus ohnehin durch dessen Tod geendigt wird.

Zwei Koryphäen des 16. Jahrh., sonst oft Gegner, hier Bundesgenossen, wollten indessen durch Aufnahme einer anderen Lesart in L. 66. §. 6. cit. den Widerspruch gegen die anderen Stellen ganz beseitigen, indem sie statt *propter* setzten *praeter* [60]), und dazu haben manche Andere ihren Beifall erklärt [61]). Es ist auch nicht zu verkennen, daß diese Lesart alle Schwierigkeit beseitigt, und Cuiacius mit Recht bemerkt: Sed omnem rem expedivit laborando, qui *praeter* legit, non *propter*. Der Gegensatz zwischen der Schlußbemerkung der L. 66. §. 6. cit. und dem Vorhergehenden ist darnach dieser: Hat der Testator sein Grundstück vermacht, so ist das Vermächtniß jedenfalls gültig, und hat zudem die Wirkung, daß die einem Anderen an dem Grundstück zustehenden Rechte abzulösen sind; gehört aber dieses dem Vermächtnißnehmer selbst, so ist das Vermächtniß, ausgenommen in letzter Beziehung, also der Hauptsache nach, wirkungslos. Zwei besondere Abhandlungen jedoch sind der Widerlegung jener Meinung des Cuiacius und Donellus gewidmet [62]). Von

60) Cuiac. in lib. XVII. Papin. quaest. ad L. 66. cit. (opp. IV. col. 453.), Donell. VIII. cap. 11. §. 25. Schon vor ihnen hatte Haloander diese Lesart in den Text aufgenommen, und Donellus fand sie „in aliis exemplaribus." In der Ausgabe des Russardus, bei welcher Duarenus mitgewirkt, ist sie am Rande angemerkt.

61) Dion. Gothofred. in nota ad L. 66. §. 6. cit. Vinn. ad §. 10. J. de legat. Bachov. ad §. 4. J. eod. Voet. l. c. §. 29. u. a.

62) Joh. Stekii vindicationes legum anticriticae cap. XX.

diesen aber ist die erste durchaus verfehlt; der Verf
erklärt die ganze Stelle, insbesondere das „pro
istas causas“ ganz verkehrt und wird deshalb von
Verfasser der anderen mit Recht scharf getadelt. 1
auch diese kann man kaum mit Dernburg a. a.
eine gute Widerlegung nennen, wenn man auch dem o
(S. 236. Anm. 51.) angedeuteten Erklärungsgrund ein
Kraft nicht absprechen mag. Sie erklärt nämlich i
Widerspruch der L. 86. pr. cit. daraus, daß der Sa
zu Faustpfand übergeben sei (obwohl „pignori dar
sehr häufig jede Verpfändung bezeichnet); davon kön
der Testator leicht Kunde gehabt haben, was bei ein
Hypothek nicht so leicht anzunehmen sei, „et quia sci
potuit, ideo legasse videtur, ut ea re lucretur;
sie stellt also eigentlich alles auf die Wissenschaft de
Testators von dem Recht des Dritten; diese muß abe
auch in dem ersten Theil der L. 66. §. 6. cit. voraus-
gesetzt werden (si ususfructus alienus est), und den-
selben Einfluß haben, wenn die Sache nur hypotheca-
risch verpfändet ist [63]). Aus diesem Grunde ist auch die
an die obenerwähnte sich anschließende Erklärung Van-
gerow's, die ohnehin gezwungen erscheint, nicht zu
billigen. Die Schlußbemerkung der L. 66. §. 6. cit.
soll darnach nur sagen: propter istas causas allein
sei das Legat der eigenen Sache des Legatars nicht gül-
tig, wodurch nicht ausgeschlossen sei, daß dann, wenn

in Otto's thesaur. I. pag. 531. sq. und Jacob. Go-
thofred. animadvers. l. c. (S. 236. Anm. 51.)

63) Vgl. oben S. 131. 133. fgg. Daß Papinian dies nicht
hervorhob, hatte vielleicht darin seinen Grund, daß er
mit der Entscheidung des Antoninus Pius in Betreff
des Vermächtnisses fremder Sachen nicht ganz zufrieden
war. L. 67. §. 8. D. de legat. II.

ein auf Ablösung des Rechts eines Dritten an derselben gerichteter Wille des Erblassers angenommen werden kann, insoweit das Vermächtniß als wirksam gelte, und das sei namentlich dann der Fall, wenn der Erblasser von der Existenz solcher Rechte Kenntniß hatte.

Noch weniger annehmbar endlich, als dem Zusammenhang offenbar widerstreitend, ist eine andere Erklärung, wornach das „propter istas causas" nur auf die unmittelbar vorher genannten Prädialservituten sich beziehen soll, obwohl diese noch in neuester Zeit Beifall gefunden hat [64]).

Wie man nun auch über den Sinn der L. 66. §. 6. cit. und deren Vereinigung mit den übrigen Stellen denken mag, darin stimmen mit geringer Ausnahme schließlich Alle überein, daß man nach Justinianischem und heutigem Recht das Legat einer dem Legatar selbst gehörenden Sache in Ansehung der daran einem Anderen zustehenden dinglichen Rechte nach gleichen Gesichtspunkten als wirksam anerkennen müsse, wie das Legat einer dem Legatar zum Theil nicht gehörenden Sache, indem „der Gegenstand insofern keine res legatarii, sondern aliena ist [65])", wobei freilich überall der Wille des Erblassers vor allem als entscheidend beachtet werden muß.

Daran schließen sich auch neuere Gesetzgebungen an. Das baier. Landrecht III. 7. §. 8. sagt:

„gilt das Legat nicht, außer soweit selbes dem Legatarius noch Nutzen schaffen kann," und Kreittmayr bemerkt dazu: „Es hat z. B. die legirte Sach Legatario zwar zugehört; jedoch . . . . nur widerruflich,

64) Mandrea de usufructu quasi parte dominii. Berol. 1864. pag. 33. sq.

65) Vgl. Roßhirt II. S. 164.

oder nicht mit dem pleno Dominio, sondern nur mit dem utili vel directo, oder ist mit dem nexu pignoris, servitutis und dergleichen beschwert. In solchen Fällen nützt ihm das Legat so viel, daß der Erb die Sach ganz frey und unbeschwert oder wenigist den Werth dafür schaffen muß." Gleiches bezweckt das preuß. Landrecht I. 12. §. 381., indem es bestimmt:

„War der Legatarius zur Zeit des errichteten Legats selbst Eigenthümer der ihm vermachten Sache, so ist das Vermächtniß ohne Wirkung, wenn nicht aus der Fassung der Disposition erhellet, daß und welchen besonderen Vortheil der Testator dadurch dem Legatario hat zuwenden wollen".

Nur verlangt es, entsprechend seiner Bestimmung über die Wirkung des Vermächtnisses einer fremden Sache [66]), daß die Willensmeinung des Erblassers, wozu das Vermächtniß dem Bedachten nützen solle, aus dem letzten Willen selbst erkennbar sei, und darunter ist denn im Sinne dieses §. ohne Zweifel auch der Fall zu subsumiren, wenn die Sache ausdrücklich auf den Fall der künftigen Veräußerung vermacht worden ist [67]). Das sächsische Gesetzbuch §. 2461. hebt diesen Fall ausdrücklich als Ausnahme von der Nichtigkeit des fraglichen Vermächtnisses hervor, und knüpft daran als zweite Ausnahme an: „oder wenn es Rechte in Bezug auf die Sache betrifft, welche auch für den Eigenthümer möglich sind", welcher Satz nur als ein freilich wunderlicher Ausdruck der oben erklärten gemeinrechtlichen Bestimmung gedeu-

66) Vgl. oben S. 192. Anm. 63—65.

67) Das Projekt des corp. iur. Frid. hatte diesen Fall, so wie den: „wenn der Legatarius nur ein zeitiges und revocables Recht an dem Ding hat," ausdrücklich hervorgehoben.

tet werden kann. Das österreichische Gesetzbuch dagegen §. 661. stellt schlechthin und ohne Beschränkung den Satz auf:

„Das Vermächtniß ist ohne Wirkung, wenn das vermachte Stück zur Zeit der letzten Anordnung schon ein Eigenthum des Legatars war";

und auch der hessiche Entwurf führt keine Beschränkung dieser Regel an, ausgenommen, „wenn das Vermächtniß ausdrücklich für den Fall hinterlassen wurde, daß sich der vermachte Gegenstand zur Todeszeit des Erblassers nicht mehr im Vermögen des Bedachten befinden sollte". Indessen wird man gleichwohl auch nach österreichischem Rechte dasselbe behaupten dürfen, was oben als der Sinn des preuß. Landrechts a. a. O. angenommen ist [68]).

Insofern übrigens diese neueren Gesetzgebungen die Catonianische Regel überhaupt nicht mehr anerkennen, hätte man erwarten sollen, daß sie auch den obigen Hauptsatz selbst, welcher die Ungültigkeit des Vermächtnisses einer zur Zeit der Errichtung desselben dem Vermächtnißnehmer gehörenden Sache ausspricht, nicht aufgenommen hätten, da dieser Satz im römischen Recht nur als eine Anwendung der Catonianischen Regel erscheint, so wie auch diejenigen gemeinrechtlichen Juristen, welche diese Regel für das Justinianische oder das heutige Recht nicht wollen gelten lassen, consequent diese einzelne Anwendung derselben ebenfalls müßten fallen lassen. Es scheint vielmehr darnach consequent, daß es nun lediglich auf die Verhältnisse, wie sie zur Zeit des Todes des Erblassers oder etwa der späteren Erfüllung der

68) Vgl. Unger Erbr. §. 67. Nr. 4. und Anm. 13. Gruchot Erbr. II. S. 15. fg.

Bedingung bestehen, ankommen müsse, ob und in wiefern das Vermächtniß der Sache, die zur Zeit der Errichtung schon dem Vermächtnißnehmer gehörte, wirksam sei. Darum werden denn auch das preußische und sächsische Gesetzbuch, sowie der hessische Entwurf, welche deutlich aussprechen, daß das Vermächtniß nicht wirksam werde, wenn auch der Vermächtnißnehmer nachher die vermachte Sache veräußere und zur Todeszeit nicht mehr habe, wegen der darin liegenden Inconsequenz getadelt von Unger a. a. O. Anm. 13. a. E. Was das österreichische Recht betrifft, worin jene Folge nicht bestimmt ausgesprochen ist, so ist es eine streitige Frage, ob dasselbe dieser Tadel ebenfalls treffe. Unger spricht es frei davon, indem er den angeführten §. 661. so erklärt, daß in dem Wörtchen „schon" zugleich eine Hinweisung auf ein Noch enthalten sei und daher nur gesagt sein solle: das Vermächtniß sei ohne Wirkung, wenn die vermachte Sache schon zur Zeit der letztwilligen Verordnung ein Eigenthum des Legatars war und zur Todeszeit noch ist. Daß aber diese Auslegung nicht allgemeinen Beifall findet, ist nach der Fassung des §. 661. sehr begreiflich.

Wird aber der fragliche Satz in jener Weise unabhängig von der Catonianischen Regel aufgestellt, so ergibt sich, daß darnach die unheilbare Wirkungslosigkeit des Vermächtnisses einer Sache, die zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses dem Vermächtnißnehmer selbst gehört, in viel weiterem Umfange eintritt, als nach richtiger Auslegung des römischen Rechts der Fall ist. Nach diesem kann jedes bedingte Vermächtniß jenes Inhalts hinterher wirksam werden; nach jenen Gesetzgebungen ist dies nur dann der Fall, wenn die Bedingung ausdrücklich auf künftige Veräußerung der Sache

oder sonstigen Verlust des Eigenthums gestellt ist. Und fragt man nun nach dem Grunde einer solchen Bestimmung, so kann er wohl in nichts Anderem als in der Rücksicht auf den Willen des Erblassers gesucht werden. Weiß der Testator, daß die Sache dem Bedachten schon gehört, so kann man denken, er müsse wohl gar nicht den ernstlichen Willen gehabt haben, demselben ein wirksames Vermächtniß zu hinterlassen. Weiß er jenes nicht, so kann man etwa sagen: wenn er es gewußt hätte, so würde er gewiß diese Sache nicht vermacht haben; ob er dann eine andere und welche vermacht haben würde, das lasse sich nicht bestimmen. Somit gelangte man zu demselben Erklärungsgrunde dieser einzelnen Bestimmung, welcher auch schon zur Begründung und Rechtfertigung der Catonianischen Regel überhaupt benutzt worden ist [69]). Das römische Recht nimmt auf den Irrthum des Erblassers in der fraglichen Beziehung keine Rücksicht. So sagt insbesondere von dem Fall, wenn der Testator seine Sache irrthümlich für eine dem Legatar gehörende gehalten hat, §. 11. J. de legat. II. 20.

. . . . Sed si legatarii putavit, valere constat, quia exitum voluntas defuncti potest habere [70]).

Nach der Vorstellung des Testators würde das Legat gemäß der Catonianischen Regel unwirksam sein, und so sollte man, wenn auf die Ernstlichkeit des Willens Rücksicht genommen wird, meinen, es könne „durch seinen Irrthum in facto nicht gültig werden, wenigstens nicht, ohne daß man die sonderbare Absicht des Testa-

69) Roßhirt im Arch. für civ. Prax. X. S. 228. fg. Arndts im Rhein. Mus. V. S. 240. fg. Roßhirt L. v. d. Vermächtnissen I. S. 114. 413. fg.

70) Vgl. oben S. 188. fg. Anm. 60.

tors näher kannte" [71]). Aber es wird als entscheidend betrachtet, daß nach den wirklichen Verhältnissen das Legat Erfolg haben kann und daher ein Anwendungsfall der Catonianischen Regel nicht vorliegt.

71) Roßhirt II. S. 148.

Berichtigungen.

S. 14. Anm. 31. Z. 3. ist das Komma nach διαθήκη zu streichen. — S. 32. Z. 10. v. u. setze Lucius statt Lucius, und S. 33. Z. 4. Maevius statt Maaeius. — S. 39. Z. 8. v. u. lies Rudorff. — S. 44. Z. 3. v. u. setze: de O. J. — S. 74. Z. 9. st. stricta l. stricte. — S. 79. Z. 3. v. u. lies: d. i. 20. Febr. — S. 90. Z. 2. lies: d'héritier. — S. 105. Z. 9. v. u. ist das Komma nach ληγατεύσῃ zu streichen. — S. 154. Z. 15. eben so das Komma nach *necessitas.* — S. 157. Z. 14. setze: deberi; neque. — S. 171. Z. 9. lies: Benennung. — S. 189. Anm. 60. a. E. statt cap. 42. setze §. 42. — S. 197. Z. 8. st. diesem l. dem Erben.

§. 1519. a.

Vermächtniß einer Sache, deren Eigenthum nachher dem Vermächtnißnehmer erworben wird.

Nach dem vorigen §. 1519. ist das Vermächtniß einer Sache, deren Eigenthum dem Vermächtnißnehmer schon zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses zusteht, in der Regel wirkungslos. Es knüpft sich daran die Frage an, welchen Einfluß es habe, wenn der Vermächtnißnehmer, der zu jener Zeit nicht Eigenthümer war, späterhin bis zur Todeszeit des Erblassers oder bis zu der Zeit, wo das Vermächtniß in Wirksamkeit tritt, das Eigenthum der vermachten Sache erwirbt? Hielte man sich strenge an den Satz des §. 10. J. de legat. II. 20.: „quod proprium est ipsius (legatarii) amplius eius fieri nequit“, so müßte man behaupten, daß in Folge jenes Umstandes das Vermächtniß jedenfalls dann wirkungslos sei, wenn der Vermächtnißnehmer zur Zeit, da dasselbe sonst in Wirksamkeit treten würde, das Eigenthum der Sache noch hat. Allein die römische Rechtswissenschaft erkannte als den eigentlichen Kern des Vermächtnißwillens die Absicht, daß der Gegenstand des Vermächtnisses dem Bedachten unentgeltlich zugewendet werden solle. Von dieser Auffassung ausgehend gelangte sie zu der Regel:

Wenn dem Vermächtnißnehmer die ihm wirksam vermachte Sache späterhin anderweitig erworben wird, aber nur gegen ein Opfer an Vermögenswerth von seiner Seite, so hat er noch Anspruch darauf, daß der Vermächtnißträger ihm gewähre, was erforderlich ist, damit jene Absicht des Vermächtnißgebers vollständig erreicht werde, daß er ihm dasjenige ersetze, was ihm in

Folge des nicht unentgeltlichen Erwerbes an der ihm eigentlich zugedachten Vermögensmehrung noch fehlt: nur, wenn und so weit der Bedachte den ihm vermachten Gegenstand auf anderem Wege als reine Bereicherung bereits erworben hat und somit schon und noch hat, was ihm der Vermächtnißgeber zugedacht, kann er einen Anspruch kraft des Vermächtnisses weiter nicht erheben. Diese Regel spricht §. 6. J. de legat. II. 20. folgendermaßen aus:

> Si res aliena legata fuerit et eius vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emtionis, ex testamento actione pretium consequi potest; si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione vel alia simili causa, agere non potest: nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse.

Ein Erzeugniß der Jurisprudenz, war dieser Satz höchst wahrscheinlich zuerst in Beziehung auf Vermächtnisse aufgestellt, auf welche noch die in den Quellen vorkommenden Anwendungen desselben größtentheils sich beziehen, beschränkt sich aber nicht blos auf diese, sondern ist ebenso auch auf lucrative Rechtsgeschäfte unter Lebenden angewendet und so schon von dem berühmten Ordner des prätorischen Edicts, Salvius Julianus, wie von mehreren Zeitgenossen und Nachfolgern desselben anerkannt und im Justinianischen Recht, als traditionelle Rechtsparömie aufgenommen worden [1]). Dar-

1) Als solche nennt sie Theophilus zu §. 6. J. l. c. κανών, und führt sie in ihrer lateinischen Fassung an. Daß die Regel der auctoritas prudentum ihre Entstehung verdankt und wohl nicht ohne Widerstreit zur Geltung gelangt ist, läßt sich schließen aus der Art, wie sich Sextus

nach wird denn der concursus duarum causarum lucrativarum in eandem personam et in eandem rem in den Systemen des römischen Privatrechts meistens unter den Erlöschungsgründen der Obligationen aufgeführt [2]); Hellfeld aber, wie andere Pandektisten, welche der Ordnung der Justinianischen Digesten folgen [3]), und alle Commentatoren der Justinianischen Institutionen [4]), spricht davon (§. 1519.) in der Lehre

Caecilius Africanus, ein Zeitgenosse des Julianus (L. 3. §. 4. D. de agnosc. lib. XXV. 3. L. 39. pr. D. de legat. I.), über einen Anwendungsfall in L. 108. §. 4. D. de legat. I. äußert: „utile legatum esse *placebat*," .... „tunc *magis placet*, inutile esse legatum." Daß gerade Julian vorzüglich darauf Einfluß geübt habe, ist wahrscheinlich, weil von ihm eine Reihe von bedeutungsvollen hieher gehörigen Aussprüchen herrührt. Vgl. unten S. 259. 262. 275. 296. u. fgg.

Ob ein Schulenstreit darüber bestanden habe, ist nicht zu ermitteln, aber nicht unwahrscheinlich, da sich in unseren Quellen keine darauf bezügliche Stelle eines Juristen, der unzweifelhaft der Schule der Proculianer angehörte, vorfindet; die einzige L. 22. D. de legat. II., die man allenfalls hieher beziehen könnte, von Juventius Celsus herrührend, ist in der That ganz unabhängig von unserer Regel zu erklären.

2) So Donell. comment. XVI. cap. 5. (edit. Bucher vol. 10. pag. 139—146). Hofacker principia jur. civ. §. 4108., und eben so durchgängig alle neueren Lehr- und Handbücher des Pandektenrechtes.

3) z. B. Westenberg principia jur. lib. XXX—XXXII. §. 40—43. (ed. Berol. pag. 589 sq.). Lauterbach. collegium theoretico-pract. lib. XXX—XXXIII. §. XXX. M. G. Wernheri lectissimae comment. in pand. ibid §. 28.

4) z. B. Janus a Costa, Vinnius, Otto, Bachov, Huber ad tit. J. de legat. II. 20.

von den Vermächtnissen, für welche er auch vorzüglich wichtig ist [5]).

Ueber den Grund des traditionellen Rechtsatzes sind die Ansichten verschieden. Die Neueren haben ihn meistentheils als eine rein positive Regel des römischen Rechts angesehen. Schon Otto a. a. O. bemerkt, daß Manche dieselbe tanquam nimis subtilem sugillant, und Thibaut (Pand. §. 674.) noch nennt sie geradezu „sonderbar". In Schweppe's Privatrecht §. 635. wird sie aus einer vom römischen Rechte „be-

5) Als Monographien über die fragliche Regel führt Hellfeld a. a. O. zwei Dissertationen an: J. V. Bechmann (genauer: J. J. Krafft praeside Bechmann) disput. jurid. de concursu duarum causarum lucrativarum. Jenae 1685., und D. F. Hoheisel diss. de concursu duar. caus. lucrat. in unam rem et personam. Halae 1725. Von diesen ist die erste absolut werthlos, die andere nur in einer Beziehung literarhistorisch bemerkenswerth (vgl. unten S. 261. Anm. 18). Beachtenswerthe Bearbeitungen dagegen sind: Ferd. de Retes opusc. VII. cap. 6. VIII. cap. ult. (in Meerm. thesaur. VI. pag. 378—390. 409. sq.), Greg. Maiansii disp. jur. I. 7. de prohibito concursu lucrativarum causarum; Roßhirt in dessen Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht II. S. 24 fgg. (vgl. dessen Lehre v. d. Vermächtnissen I. S. 448. fg.); W. Sell über die römischrechtliche Aufhebungsart der Obligationen durch concursus duarum causarum lucrativarum. Zürich 1839. (darüber Richter's und Schneider's krit. Jahrb. Bd. VIII. S. 961. fgg.); Fr. Mommsen in dessen Beitr. zum Obligationenrecht I. S. 255 fgg. III. S. 413. fg. (dazu Windscheid in der Heidelb. krit. Zeitschr. für Rtsw. II. S. 130. fgg.); Car. Schmidt diss. inaug. „quid sit, quod vulgo dicitur duas causas lucrativas in eundem hominem et eandem rem concurrere non posse?" Berol. 1858. Vgl. auch Heimbach in Weiske's Rechtslexikon II. S. 870—875. VII. S. 529.

sonders" anerkannten Billigkeit abgeleitet, und damit stimmen auch Roßhirt und Sell a. a. O. überein, indem sie zugleich daran erinnern, daß das Recht des römischen Volkes, „welches uns nicht mit Unrecht als habsüchtig und geizig manchmal beschrieben ist", überhaupt reine Vermögensbereicherungen nicht begünstigte, übrigens immerhin eine Singularität oder Ausnahme in unserer Regel erkennen. Dagegen ältere Civilisten, wie Donellus u. A., knüpfen die Regel vielmehr an die Grundsätze über Tilgung der Forderungen durch Unmöglichkeit der Leistung an, da Niemanden gegeben werden könne, was er schon hat, und diesen Gesichtspunkt hat neuestens Fr. Mommsen als den entscheidenden in den Vordergrund gestellt, so zwar, daß er nicht in jener Regel eine Ausnahme erkennt, sondern vielmehr eine Abweichung von der strengen Consequenz darin findet, daß im Fall des Erwerbes aus entgeltlichen Rechtsgeschäften noch ein Anspruch auf Grund einer anderweitig begründeten Forderung desselben Gegenstandes anerkannt werde. Diesem ist denn jetzt auch Windscheid (Pand. §. 360.) beigetreten, der noch in der angeführten Recension S. 133. die fragliche Regel mit Nachdruck als eine positive Bestimmung des römischen Rechtes bezeichnet hatte. Dieser Deduktion ist nun auch nach Inhalt unserer Quellen eine gewisse Wahrheit nicht abzusprechen.

Eine Obligatio auf Geben einer individuell bestimmten Sache erscheint nach strenger Auslegung als unerfüllbar, wenn derjenige dem sie zu Eigenthum gegeben werden soll, diese Sache schon in seinem Eigenthum hat [6]). Eine Klage mit der Intentio: si paret Nume-

6) Gai III. §. 99. „id quod alicuius est, id ei dari non

rium Negidium Aulo Agerio Stichum servum dare oportere“ müßte nach solcher Auslegung als auf eine unmögliche Leistung gerichtet erfolglos sein, wenn Aulus Agerius zur Zeit der Litiscontestatio schon Eigenthümer des Sklaven Stichus war, und zwar ohne Unterschied, wie und aus welchem Rechtsgrunde der Kläger das Eigenthum erworben hatte. Nicht dasselbe war zu behaupten, wenn die Intentio lautete: „quidquid dare facere oportet“, vollends mit dem Zusatz „ex fide bona“; denn diese Intentio schloß nicht andere Leistungen außer dem dare rem oder anstatt desselben aus, z. B. Ersatz des Preises, wofür der Kläger die Sache erworben hatte [7]). Allein auch jene strenge Auslegung der Intentio „dare oportere“ ist nicht durchaus festgehalten worden.

Nach strengster Consequenz hätte man ebensowohl auch das Versprechen und das Vermächtniß einer fremden, wie das einer dem Promissar oder Legatar zur Zeit schon gehörenden Sache für unwirksam erklären können, erklären müssen; denn augenblicklich kann, auch wer nicht Eigenthümer ist, Eigenthum nicht geben; er muß zuvor das Eigenthum sich verschaffen, um es dem Anderen geben zu können; und wenn man nun jene Verpflichtung in dem Sinne gelten ließ, daß dieses zu erwirken oder eventuell der Werth zu ersetzen sei, so konnte man consequent zu dem Schlusse kommen: wirksam sei auch dieselbe Verpflichtung gegenüber demjenigen, der jetzt schon Eigenthümer ist. Auch von diesem kann ja der Verpflichtete eben so leicht, ja leichter die Sache erlangen, um sie ihm alsdann sofort wieder zu Eigenthum

potest.“ L. 1. §. 10. D. de O. et A. XLIV. 7. §. 2. J. de inutil. stipp. III. 19. Vgl. oben S. 224. fg.

7) Schmidt l. c. pag. 6.

zu geben; das dare ei rem ist hier in der That nicht weniger möglich wie dort. Da aber hier, wenn man auf den zu erzielenden Erfolg sieht, das Erwerben und Zurückgeben der Sache als ein unnützer Umweg erscheint, so lag es hier sogar noch näher, als bei der Verpflichtung zum Geben einer fremden Sache, den Satz aufzustellen, das dare rem verwandle sich in ein dare pretium rei, und zwar dies nicht blos eventuell oder in subsidium, sondern schlechthin und überall. Diesen Weg ist jedoch die römische Rechtswissenschaft nicht gegangen. Sie geht vielmehr wirklich von dem Satze aus: rem, quae alicuius est, amplius eius fieri non posse, nec quod actoris est id ei dari oportere [8]). Aber strenge festgehalten hat sie daran nicht. Abgesehen von der bekannten Eigenthümlichkeit der condictio furtiva, die in dieser Beziehung als exceptionell ausdrücklich hervorgehoben wird [9]), zeigt sich dieses namentlich in der Art und Weise, wie die Wirkung des Vermächtnisses einer Sache in dem Falle, wenn nachher der Bedachte das Eigenthum derselben anderweitig erworben hat, beurtheilt und bestimmt wird. Hat er sie entgeltlich erworben, so kann er mit der Vermächtnißklage Ersatz erlangen, auf daß er sie dem Erfolge nach als unentgeltlich erworbene habe. Wie dieses mit der Intentio „rem *dari* oportere", die doch der Formula der Klage aus dem Eigenthumsvermächtnisse per damnationem

8) §. 14. J. de action. IV. 6. Gai. IV. §. 4.

9) Gai. l. c. in f. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine etiam hac actione teneantur: *si paret eos dare oportere*, quamvis sit etiam adversus eos haec actio, *qua rem nostram petimus*. cf. §. 14. J. cit.

eigen gewesen zu sein scheint [10]), in Einklang gebracht wurde, ist nicht klar. Schmidt a. a. O. nimmt seine Zuflucht zu einer Fiktion, wornach die Sache, die dem Kläger wirklich gehört, deßhalb, weil er sie nicht unentgeltlich erworben, als demselben nicht gehörend angenommen werde, worauf schon Donellus hingewiesen hat unter Bezugnahme auf den Satz in L. 14. pr. D. de V. S.: videtur res ei abesse, cui abest pretium [11]). An eine fictitia actio ist aber dabei nicht zu denken und denkt auch Schmidt a. a. O. nicht, wie aus seiner weiteren Ausführung S. 9. fg. hervorgeht; er nennt darum jene Fiction eine fictio juris civilis. Dann aber ergibt sich, daß man eben in diesem Falle die Intentio der Vermächtnißklage nicht strenge interpretirte und demgemäß auch die daran sich anschließende Condemnatio „quanti ea res est" oder „quanti eam rem paret esse" freier auslegte, als den Judex ermächtigend zur Verurtheilung des Beklagten nach Maßgabe desjenigen, quod actori abest [12]). Warum nun wurde nicht

10) Vgl. oben Seite 23. fgg.

11) Donell. comment. l. c. §. 6. Er gesteht: „Atqui quod ex causa non lucrativa ad creditorem pervenit, id non minus eius factum est, ut iam non magis ei dari possit, quam si pervenisset ad eum ex causa lucrativa," und beantwortet die Frage, wie dennoch dort der Gläubiger fordern könne, rem sibi dari, quae iam eius facta amplius ei dari non potest, wie folgt: „Domini iure habet creditor, quidquid ei a domino quavis ex causa solutum est. Emolumento non videtur habere eoque nec ad eam pervenisse id, pro quo aliquid praestitit aut praestare cogendus est. Sic enim veteres definiunt, rem abesse videri ei, cui pretium abest." Derselbe Gedanke findet sich bei Anderen ausgesprochen; vgl. insbesondere Maians. l. c. §. 7.

12) So sagt auch Maiansius a. a. O. Effectus huius

dieselbe Milderung in der Auslegung auch dann zugelassen, wenn die vermachte Sache dem Legatar ex alia causa lucrativa erworben war? Der entscheidende Grund kann nicht mehr in der Unmöglichkeit des dare rem gefunden werden: warum setzte man sich hier nicht eben so muthig darüber hinweg, wie dort, da doch dem Gläubiger immerhin einmal die Sache und sodann noch der Werth derselben geleistet werden kann, und ihm doch auch hier etwas abgeht, wenn die Vermögensmehrung, die ihm von zwei Seiten unentgeltlich zugedacht war, nur einmal ihm zu Theil wird? Der Grund muß gesucht werden in der Auffassung des Willens, auf dem die unentgeltliche Zuwendung beruht, und so kommen wir auf das zu Anfang dieses §. Gesagte zurück: Der Vermächtnißwille ist darauf gerichtet, daß der Bedachte die Sache unentgeltlich erhalte; ist dieses Ziel auf anderem Wege erreicht, so genügt das; die Vermächtnißforderung fällt damit weg [13]). Aber weil eben dies nur

fictionis hic est, ut, quoniam opinione iuris rem habere non videor, iure non adversante petere possim eandem. *Rem*, inquam, *eandem*, non eius aestimationem. . . Judicis autem erit, ut, quoniam res ipsa praestari nequit, aestimationem eius praestari iubeat.

13) So sagt schon Cuiacius (opp. I. col. 128.) zu §. 6. J. cit. „Est sane ridiculum, si legatarius eius rei, quam fecit suam sine onere, sine impendio ullo, pretium ab herede consequi desiderat, quod ei nullum abest: nam quum quod lucro eius cedere defunctus voluit, iam lucratus sit, frustra est legatum;" und übereinstimmend spricht sich Otto a. a. O. aus: „Ridiculum Ictis videbatur, legatarium petere rei pretium, quod neque testator ei legaverat neque ipse pro re solverat; immo, voto testatoris, qui volebat, ut is sine impendio rem lucraretur, iam per alium erat satisfactum. Vgl. auch Mommsen a. a. O. S. 256. fg. Anm. 14.

als dem Willen des Vermächtnißgebers entsprechend angenommen wird, so findet es nicht Anwendung, wenn im einzelnen Falle als dessen Wille vielmehr das erkannt wird, daß der Bedachte jedenfalls durch das Vermächtniß den Vermögenswerth der Sache gewinnen solle. So sagt Paulus in L. 21. §. 1. D. de legat. III. (lib. IV. sentent.):

> Fideicommissum relictum et apud eum, cui relictum est, ex causa lucrativa inventum extingui placuit, *nisi defunctus aestimationem quoque eius praestari voluit.*

Bei dem Fideicommiß war man nicht durch eine strikte Formula beschränkt, wie sie dem Damnationslegat entsprach; die persecutio fideicommissi gestattete schon ihrer Natur nach eine freiere Beurtheilung. Gleichwohl wurde dabei im Zweifel dasselbe angenommen, wie bei dem Damnationslegat, weil man es dem vermuthlichen Willen des Vermächtnißgebers gemäß fand, und daß eben dieses der Grund war, geht daraus hervor, daß im einzelnen Falle die Beachtung eines erkennbaren anderen Willens nicht ausgeschlossen sein sollte. Daß dieses, wie Roßhirt S. 451. annimmt, nur eine besondere Beschränkung der Regel in Anwendung auf Fideicommisse gewesen sei, die erst im Justinianischen Rechte zu einer allgemeinen für alle Vermächtnisse geworden sei, ist eine Meinung, die in der mitgetheilten Bemerkung des Paulus keine Begründung findet.

Aber nur, wenn der Vermächtnißnehmer wirklich die vermachte Sache selbst anderswoher unentgeltlich erworben hat, erscheint jener Wille des Vermächtnißgebers erfüllt, nicht auch, wenn derselbe aus anderem Rechtsgrunde unentgeltlich anstatt der Sache nur deren Werth erlangt hat. Daher fährt §. 6. J. l. c. fort:

Hac ratione si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest, utrum rem an aestimationem consecutus est; nam si rem, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa; si aestimationem, agere potest [14]).

Damit scheint freilich im Widerspruch zu stehen L. 34. §. 2. D. de legat. I. (Ulp. lib. XXI. ad Sab.):

Sed si duorum testamentis mihi eadem res legata sit, bis petere potero, ut ex altero testamento rem consequar, ex altero aestimationem.

Daß Ulpian hier ganz denselben Fall vor Augen habe, auf den sich §. 6. J. l. c. bezieht, ist unzweifelhaft. Zwar hält Roßhirt II. S. 449. es nicht für unmöglich, die Worte „ex duobus testamentis" in §. 6. cit. auf einen anderen Fall zu deuten, als die Worte „ex duorum testamentis" in L. 34. §. 2. cit., „weil ja auch ausnahmsweise duo testamenta desselben Individuums, sicher aber duo codicilli nebeneinander bestehen können". Aber diese Auslegung des §. 6. ist schlechterdings unmöglich, auch abgesehen davon, daß ein Nebeneinanderbestehen verschiedener Testamente desselben Erblassers nur als eine in den Institutionen nirgend erwähnte Singularität ausnahmweise vorkommt. Wenn derselbe dieselbe Sache demselben in verschiedenen nebeneinanderstehenden letztwilligen Verfügungen vermacht hat,

14) Damit stimmt überein die allgemeine Regel, die L. 17. D. de. O. et A. XLIV. 7. (Julian. lib. XXXIII. Dig.) aufstellt: „Omnes debitores, qui *speciem* ex causa lucrativa debent, liberantur, quum *ea species* ex causa lucrativa ad creditores pervenisset," sowie der Ausspruch des Paulus in L. 83. §. 6. D. de V. O. XLV. 1. „Si *rem*, quam ex causa lucrativa stipulatus sum, *nactus fuero* ex causa lucrativa, evanescit stipulatio." Vgl. Cuiac. ad L. 17. cit. (opp. VIII. col. 345).

so liegt gar kein Fall der Anwendung der voraus angegebenen Regel vor, und ist für diesen Fall die in §. 6. gegebene Entscheidung, wie sich weiter unten ergeben wird, geradezu unrichtig und unhaltbar. Daß unter den duo testamenta nur testamenta duorum verstanden werden, geht zudem aus der hier vollkommen zuverlässigen Paraphrase des Theophilus hervor [15]). Aber in der Beurtheilung des gleichen Falles scheint Ulpian von den Institutionen abzuweichen. In der That, läge uns nur die Stelle Ulpian's vor, so müßte man behaupten, daß in jedem Falle der Vermächtnißnehmer kraft des einen Vermächtnisses die Sache, kraft des anderen den Werth derselben verlangen könne, ohne Unterschied, ob zuerst das eine oder das andere; man müßte das um so mehr behaupten, da Ulpian jenes (ut rem consequar) zuerst nennt.

Aber damit wäre dann auch die Regel des §. 6. J. cit. ganz beseitigt, und widerspräche Ulpian auch dem Satze in L. 17. D. l. c. [16]) und einer Reihe anderer Stellen von Julianus, Scaevola, Africanus und Paulus [17]). Daß aber in der That Ulpian

15) Er paraphrasirt den Satz: „hac ratione . . . . . debeatur“ mit den Worten: „*Τούτῳ τῷ λόγῳ, ἐὰν Πρῖμος καὶ Σεκοῦνδος ληγατεύσωσί μοι τὸ αυτὸ πρᾶγμα, εἶτα τελεύτησωσι,*“ und spricht nachher mit Unterscheidung *τῆς τοῦ ἑνὸς διαθήκης* und *τῆς ἑτέρας διαθήκης*. Vgl. Sell a. a. O. S. 88. fg. Anm. 3. Schmidt l. c. pag. 36 not. 7. Auch Ulpian spricht in demselben Sinne von *duobus testamentis* in L. 34. §. 8. L. 53. §. 2. D. de legat I., ebenso Papinian in L. 66. §. 3. vgl. mit §. 1. D. de legat. II.

16) Donell. l. c. §. 9. Nihil ad rem pertinet, si quis dicat liberari debitorem de re, at non liberari de rei aestimatione. Hoc enim ipsum est, eum non liberari.

17) L. 66. §. 1. D. de legat. II., die Roßhirt a. a. O.

darin nicht einer abweichenden Meinung folgte, läßt sich aus dem weiteren Verlaufe der L. 34. cit. §. 7. 8. selbst entnehmen, und wenn es auch der Fall gewesen wäre, so würde doch dies gegenüber dem klaren Ausspruche des §. 6. J. l. c. von keinem Gewichte sein. Im Justinianischen Rechte ist L. 34. §. 2. cit. jedenfalls nur so zu verstehen, daß der Legatar möglicher Weise ex altero testamento die Sache selbst, ex altero den Werth derselben erlangen könne, dann nämlich, wenn er zuerst nur den letzten erlangt hat. Das ist denn auch, fast ausnahmlos, die allgemeine Meinung der Rechtsgelehrten [18]).

allein als entscheidend dafür anführt, daß der Gedanke, es solle Jemand ex lucrativa causa nicht zweimal die Sache haben, auch auf verschiedene Personen als Testatoren angewendet sei, ist keineswegs die einzige, welche der L. 34. §. 2. cit. widersprechen würde.

18) So sagt schon die Glosse zu L. 34. §. 2. cit. „Haec vera sunt, si prius habuit aestimationem ex altero, secus econtra," und Donellus bemerkt: „Recte ab omnibus sic locus Ulpiani acceptus est." Vgl. Cuiac. ad l. c. (opp. VII. col. 1017.) und ad L. 108. eod. (opp. I. col. 1342.), Duaren. ad L. 34. §. 2. cit. Westphal II. §. 1494. Sell a. a. O. S. 112. fg.. Schmidt l. c. pag. 37. sq. — Eine Ausnahme macht. Mommsen a. a. O. S. 257. Anm. 14. insofern, als er die L. 34. §. 2. cit. durch Bezugnahme auf L. 21. §. 1. D. de legat. III. (vgl. oben S. 258.) erklären will. Eine entschiedene Opposition gegen die gemeine Meinung und gegen den §. 6. J. cit. selbst erhob Hoheisel in der oben Anm. 5. angeführten Dissertation. „Coepi mihimet ipsi succensere, sagt er §. III., quod a Triboniano . . . discedere non erubescerem . . . . et parum aberat, quin ipsum me haereseos iuridicae accusassem." Sich erinnernd, daß ihm schon sonst der Vorwurf gemacht worden, er gefalle sich in der Aufstellung paradoxer Sätze

Wenn aber auch der Vermächtnißnehmer zuvor schon aus anderem lucrativen Grunde das Eigenthum der Sache erworben hat, so kann doch derselbe gleichwohl die Klage aus dem Vermächtnisse mit Erfolg anstellen, insofern ihm dieses einen größeren oder gesicherteren Vermögensgewinn zu gewähren vermöchte, als ihm durch jenen Eigenthumserwerb zugekommen ist. Daher bleibt das Legat wirksam, wenn jener Eigenthumserwerb ein widerruflicher ist. L. 82. pr. D. de legat. I. (Julian. lib. XXXIII. Dig.):

Non quocunque modo si legatarii res facta fuerit, die cedente, obligatio legati extinguitur, sed ita, si eo modo facta fuerit eius, quo avelli non possit. Ponamus rem, quae mihi pure legata sit, accipere me per traditionem die legati cedente ab herede, a quo eadem sub conditione alii legata fuerit: nempe agam ex testamento, quia is status est eius, ut existente conditione discessurum sit a me dominium.

Eine Sache ist von einem Testator dem Titius unter Bedingung per vindicationem vermacht; dieselbe Sache wird von einem anderen Testator per damnationem dem Sempronius unbedingt vermacht. Der letzte erwirbt nun das Eigenthum der Sache von dem Erben

und frivoler, widersinniger Behauptungen, gesteht er, das Bedenkliche seiner Ansicht sich wohl vorgehalten zu haben, summopere de memet ipso contristatus et vix a lacrimis mihi temperaturus, nisi longa patientia . . . occalluissem.“ Aber er unternimmt es dennoch, den Tribonian eines Mißgriffes zu überführen und die Unrichtigkeit der herrschenden Lehre zu erweisen. Allein seine Ausführung ist freilich nicht im Mindesten geeignet, diese zu erschüttern, und hat unseres Wissens nirgendwo Anklang gefunden.

des ersten Testators, dem nämlich das bedingte Vindicationslegat auferlegt war, pendente conditione, ex alia causa lucrativa. Nach Erfüllung der Bedingung kann Sempronius nichts desto weniger noch den Erben des zweiten Testators ex testamento belangen; denn durch Erfüllung der Bedingung ist das Eigenthum der vermachten Sache ipso iure dem Titius zugefallen; es hat sich also ergeben, daß der Eigenthumserwerb, den Sempronius vorher gemacht hatte, kein bleibender war; es ist nun so gut, als hätte er die Sache gar nicht erworben, und bleibt also seine Vermächtnißforderung vollkommen aufrecht. Ebenso verhält es sich, wenn Jemand aus einer Stipulation ex lucrativa causa die Sache zu fordern hat und nun das Eigenthum derselben aus einem anderen lucrativen Rechtsgrunde erwirbt, während die Sache vom Eigenthümer einem Dritten unter Bedingung vermacht ist:

Nam et si ex stipulatione mihi Stichus debeatur, et is, quum sub conditione alii legatus esset, factus fuerit meus ex causa lucrativa, nihilominus existente conditione ex stipulatu agere potero.

Selbstverständlich wird hier eine stipulatio donationis causa facta vorausgesetzt, das bedingte Legat aber als Vindicationslegat. War die Sache dem Dritten per damnationem vermacht, so wurde der Eigenthumserwerb desjenigen, dem der Erbe pendente conditione die Sache veräußert hatte, durch die Erfüllung der Bedingung nicht alterirt. Nach Justinianischem Rechte aber kommt es nun nur mehr darauf an, ob eine Sache der Erbschaft Gegenstand des Vermächtnisses ist, das unter Bedingung dem Dritten hinterlassen worden, und diese nun derjenige, welcher sie kraft eines Ver-

mächtnisses oder aus einem anderen lucrativen Rechtsgrunde zu fordern hat, vor Erfüllung jener Bedingung von dem mit jenem Vermächtniß beschwerten Erben als interimistischem Eigenthümer ebenfalls ex causa lucrativa erworben hat [19]).

Nach demselben Gesichtspunkte bleibt das Vermächtniß ferner wirksam, wenn der Legatar das Eigenthum aus anderem Grunde mit einer Auflage erworben hat, kraft deren er die Sache wieder abgeben muß.

L. 108. §. 5. D. de legat I. (Africanus lib. V. quaest.):

Sed si, quum mihi ex testamento Titii Stichum deberes, eundem a te herede Sempronius mihi legaverit fideique meae commiserit, et eum alicui restituam, legatum utile erit, quia non sum habiturus. Idem iuris erit et si pecuniam a me legaverit. Multo magis si in priore testamento fideicommissum sit.

Africanus entscheidet hier zunächst, daß das

19) Vgl. oben Seite S. 64. fgg. — Ein Fehlgriff ist es, wenn Manche mit dem Fall der L. 82. pr. ohneweiters den Fall der L. 82. §. 1. eodem als gleichartig zusammenstellen, z. B. Westphal II. §. 1496. Sell a. a. O. Die letzte Stelle enthält vielmehr eine Beschränkung der Regel des §. 1519. Vgl. oben S. 230. Richter's krit. Jahrb. a. a. O. S. 963. fg. Allerdings aber kann L. 82. §. 1. argumento dafür dienen, daß auch in dem Falle, wenn der Legatar hinterher das Eigenthum ex lucrativa causa durch eine noch anfechtbare Ersitzung erwirbt, eben so wie in dem Falle der L. 82 pr. das Legat noch wirksam bleibe, sowie umgekehrt oben S. 230. Anm. 38. L. 82. pr. argumento dafür angeführt wurde, daß der Eigenthumserwerb der einem dritten bedingt vermachten Sache nicht die anfängliche Wirksamkeit des Legates ausschließe.

zweite Legat mit dem darauf gelegten Fideicommiß wirksam sei, obwohl der Legatar schon aus einem anderen Testamente gegen denselben Erben bezüglich desselben Sklaven Stichus die Vermächtnißforderung habe und somit, wenn diese erfüllt ist, für ihn das Interesse fehle, denselben Sklaven noch einmal zu fordern. Der Grund ist, weil er durch das zweite Legat den Sklaven nicht noch einmal lucrirt, da er ihn an den Fideicommissar herausgeben muß; diese Entscheidung gereicht wesentlich nur zur Aufrechthaltung des Fideicommisses, das mit dem Legat, wenn dieses nichts mehr gelten würde, hinfällig wäre. Ganz unbedenklich aber, sagt er am Schlusse, sei dasselbe zu behaupten, wenn das erste Legat mit dem Fideicommiß beschwert sei, das zweite unbeschwert; wenn der Legatar dann auch vermöge des ersten das Eigenthum des Sklaven wirklich erlangt hat, kann er nichtsdestoweniger noch aus dem zweiten klagen, weil er nach jenem den Sklaven wieder abgeben muß. Damit stimmt zusammen, was Paulus lehrt in L. 83. §. 6. D. de V. O. XLV. i.

Si rem quam ex causa lucrativa stipulatus sum, nactus fuero ex causa lucrativa, evanescit stipulatio. Sed et si heres extitero domino [20]),

20) Die Torellische Ausgabe hat nach der Flor. „*Sed si heres extitero dominio extinguitur stipulatio.*" Aber nach Brencmann ist in der Flor. das letzte *i* in *dominio* durchstrichen, also mit Haloander und der Vulgata zu lesen „*si h. extitero domino, ext. stip.*" Der Cod. Rehd. hat nach Gebauer's Angabe sogar noch deutlicher *domino rei.* Auch verlangt der Satz im Anfange fast gebieterisch *sed et* statt *sed*, wie ebenfalls dort zu lesen ist; es rechtfertigt sich durch die Gemination in *set.* Vgl. Gebauer-Spangenb. ad h. l. not. 36. 37. Sell a. a. O. S. 180. Anm. 1.

extinguitur stipulatio. Si vero a me herede defunctus eam legavit, potest agi ex stipulatu.

Er sieht auch den Erwerb der Sache durch Beerbung des Eigenthümers als Erwerb ex lucrativa causa an, wodurch die anderweitig ebenfalls ex lucrativa causa entstandene Forderung auf dieselbe Sache erlösche. Ist aber dem Erben auferlegt, die Sache einem Dritten zu geben, so bleibt ungeachtet des Eigenthumserwerbs jene Forderung bestehen, weil der Erbe die Sache nicht behalten kann. Paulus hatte dabei ohne Zweifel ein Damnationslegat im Sinne; denn, war die Sache per vindicationem unbedingt vermacht, so erwarb der Erbe das Eigenthum, als welches unmittelbar auf den Legatar überging, gar nicht, und konnte schon aus diesem Grunde nicht von Erlöschung der Stipulation durch den Erwerb der Sache ex causa lucrativa die Rede sein. War aber das Legat unter einer Bedingung hinterlassen, es sei per vindicationem oder per damnationem, so hing es noch von der Erfüllung der Bedingung ab, ob dem Erben die einstweilen ihm erworbene Sache wieder entgehe. Daher fährt Paulus fort:

Idemque esse et si sub conditione legata sit, quia et si ipse debitor rem sub conditione legatam dedisset, non liberaretur; sed si conditione deficiente remanserit, petitio infirmabitur.

Im Justinianischen Rechte ist bei diesen Bemerkungen überall an das Vermächtniß einer Sache der Erbschaft zu denken, kraft dessen nun, wenn es unbedingt ist, dem Erben das Eigenthum überall gar nicht, und, wenn es bedingt ist, nur widerruflich erworben wird.

Der Eigenthumserwerb durch Erbfolge bringt dem Erben auch dann keinen wirklichen und bleibenden Ge-

winn, wenn die Erbschaft überschuldet ist. Daher kann der Erbe, wenn ihm eine Sache, die seinem Erblasser gehörte, von einem anderen Erblasser vermacht ist, in Ansehung derselben immer noch den Vermächtnißträger in Anspruch nehmen, nach L. 108. §. 6. D. de legat I. (African. lib. V. quaest.):

Item si domino heres extitero, qui non esset solvendo, cuius fundum te mihi dare iussus esses (nämlich als Erbe eines Andern durch ein Damnationslegat), manebit tua obligatio, sicut maneret, si eum fundum emissem.

Es kann ferner eines von zwei Vermächtnissen nach dem Falcidischen Gesetze einen Abzug erleiden. Alsdann kann der Vermächtnißnehmer immer noch sein Recht aus dem zweiten Vermächtniß geltend machen, insoweit er durch jenes noch nicht vollständig dasjenige erhalten hat, was ihm durch dieses zugedacht war:

L. 108. §. 5. D. eod.

Item si in priore testamento Falcidiae locus sit, quod inde abscidit (bei Haloander decedit) ratione Falcidiae, ex sequenti testamento consequar.

Nur dann also — das ergibt sich als Regel aus den erklärten Stellen — fällt die Vermächtnißforderung weg, wenn der Vermächtnißnehmer die ihm vermachte Sache selbst, vollständig und unanfechtbar, durchaus unentgeltlich und ohne Belastung, auf anderem Wege schon erhalten hat. Und selbst durch den vollständigen und unwiderruflichen Erwerb der vermachten Sache aus anderem lucrativen Rechtsgrunde wird die Vermächtnißklage in einem Falle, den Africanus in L. 108. §. 1. D. l. c. bespricht, noch nicht beseitigt:

Si id, quod ex testamento mihi debes, qui-

libet alius servo meo donaverit, manebit adhuc mihi ex testamento actio; et maxime si ignorem (rem) [21]) meam factam esse; alioquin consequens erit, ut etiam, si tu ipse servo meo eam donaveris, invito me libereris: quod nullo modo recipiendum est, quando ne solutione quidem invito me facta libereris.

Durch die vollzogene Schenkung an den Sklaven ist der Herr, er mag davon wissen oder nicht, ex causa lucrativa vollkommener Eigenthümer der Sache geworden, die ihm kraft Vermächtnisses der Erbe zu geben verpflichtet war. Nach buchstäblicher Anwendung des Satzes in L. 17. D. de O. et A. könnte man also behaupten, die Vermächtnißschuld sei dadurch getilgt. Das ist unbedenklich anzunehmen, wenn der Herr die Schenkung an den Sklaven erfahren und angenommen hat; wie dies Africanus zwar nicht ausdrücklich ausspricht, aber durch den Zusatz „et maxime si ignorem etc." deutlich genug als seine Meinung erkennen läßt. Sonst aber gibt Africanus dem Legatar immer noch die Vermächtnißklage. Dieser kann die Schenkung an den Sklaven ablehnen und dadurch den Gewinn aus derselben rückgängig machen [22]). Der Sklave könnte ja auch

21) Unbedenklich ist vermöge der Gemination zu lesen „*si ignorem rem*," da das nachfolgende „*meam*" zu dem vorhergehenden „*id quod*" nicht paßt. Vgl. Schulting ad h. l. Westphal II. §. 1492. Damit erledigt sich der Tadel, den Schmidt a. a. O. S. 21. fg. Anm. 2. a. E. gegen die Construktion dieser Stelle vorbringt: „legem citatam cum Zumptii grammatica vix conciliari posse." Uebrigens ist hier an den Fall zu denken, wenn dem Sklaven die Sache mancipirt oder für das Peculium gegeben war.

22) L. 19. §. 2. D. de donat. XXXIX. 5. Non potest no-

die Sache verzehrt, zerstört oder veruntreut und dadurch den Gewinn des Herrn wieder vereitelt haben, ehe dieser nur einmal Kunde davon hatte. Hier kann nun der Herr noch seinen Anspruch aus dem Vermächtniß geltend machen. Zur Begründung der Richtigkeit dieser seiner Entscheidung führt Africanus ein treffendes Argument an: Würde der Vermächtnißträger durch die Schenkung eines Dritten an den Sklaven befreit, so müßte consequent dasselbe angenommen werden, wenn er selbst die Sache dem Sklaven des Legatars schenkungsweise zu Eigenthum gibt, denn auch hier wird dem letzten sofort das Eigenthum ex lucrativa causa erworben; das aber kann unmöglich zugegeben werden, da er auch durch Erfüllung an den Sklaven ohne Genehmigung des Herrn von seiner Schuldverbindlichkeit gegen diesen sich nicht befreien kann [23]). Der entscheidende Grund liegt also darin, daß hier durch das Rechtsgeschäft mit dem Sklaven eine Forderung des Herrn vernichtet würde, was ohne dessen Einwilligung so wenig wie durch Zahlung an denselben zulässig ist. Natürlich mußte dasselbe nach älterem Rechte eben so gelten, wenn dem Hauskinde des Legatars geschenkt war [24]). Es ergibt sich aber hier-

lenti liberalitas acquiri. Arndts Pand. §. 80. Anm. 3. So erklären die L. 108. §. 1. Cuiac. ad h. l. im tractat. V. ad African. (opp. I. col. 1342.) u. Maians. l. c. §. 15.

23) Vgl. Retes l. c. §. 41. pag. 389. und ad tit. Dig. de verborum obl. I. 3. §. VII. VIII. (in Meerm. thesaur. VII. pag. 400). Westphal II. §. 1492. Sell S. 36. fg.

24) Unzutreffend ist es, wenn Schmidt a. a. O. S. 21. Anm. 1. als Beweis dafür L. 53. §. 2. D. de legat. I. anführt, die Hoheisel noch weniger zutreffend zum Beweise der Unrichtigkeit der Regel überhaupt benutzen wollte. Wenn sie sagt: „si mihi et filio vel servo meo esset eodem testamento legatum, sine dubio valeret legatum

aus, daß es unpassend ist, unsere Stelle als Beleg dafür anzuführen, daß bei der Regel über den concursus causarum lucrativarum „die Identität des Gläubigers in der vollen Strenge des Worts“ genommen werde, wie Sell a. a. O. sagt [25]). Die Identität der Person des Erwerbers der Sache ex una und der des Gläubigers ex altera lucrativa causa läßt in unserem Falle nichts zu wünschen übrig, und doch wird die Anwendung der Regel ausgeschlossen. Bedenklich ist auch, aus dieser Stelle die allgemeine Folgerung abzuleiten, daß nur, wo der Erwerb der Sache mit dem Willen des Berechtigten stattgefunden habe, die abermalige Leistung derselben ex alia lucrativa causa nicht gefordert werden könne [26]). Wenn z. B. der Legatar die Sache ohne es zu wissen bereits durch Beerbung des Eigenthümers erworben hat, so liegt kein Grund vor, ihm noch die Klage aus dem Legat zu geben. Die L. 108. §. 1. cit. ist hiernach für das heutige Recht einfach als unpraktisch abzuweisen,

utriusque,“ so ist damit zunächst nur ausgesprochen, daß beide Legate gültig sind; was aber stattfinde, wenn nun der Vater oder Herr die Sache kraft des einen oder anderen Legates erworben hat, darüber sagt sie nichts aus.

25) So auch Maiansius und zum Theil Retes a. a. O. Der letzte sagt mit Bezugnahme auf die subtile Ausführung des Bartolus, der servus sei zwar civiliter eadem persona cum domino quoad causam acquisitionis, aber diversa, tam naturaliter quam ficte aut civiliter, quoad causam privandi dominum actione ex testamento; daher „non obstare regulam de duplici causa lucrativa, quia non concurrit circa eandem personam.“ Das ist aber eben nur scholastische Subtilität.

26) So sagt Schulting a. a. O. mit Berufung auf Cujacius a. a. O.: Ergo regula de duabus causis lucrativis obtinet, cum quis sua voluntate adquisivit semel, ut non possit iterum.

weil darin ein wesentlich gleichartiger Fall nicht mehr vorkommt.

Allerdings aber, wenn der aus einer causa ipso iure angefallene Erwerb der Sache durch den Willen des Erwerbers noch rückgängig gemacht werden kann, dann schließt er die Forderung ex altera causa lucrativa noch nicht aus, so lange jener nicht definitiv geworden ist. So war es der Fall, wenn der Eigenthümer die Sache per vindicationem, ein anderer Testator dieselbe Sache demselben Legatar per damnationem vermacht hatte und nun, bevor dieser die Forderung aus dem letzten geltend gemacht, kraft des ersten ihm ipso iure das Eigenthum der Sache zugefallen war. Diesen Erwerb konnte er durch Ablehnung immer noch rückgängig machen und so stand ihm nichts im Wege, die Sache aus dem Damnationslegat zu fordern.

Zur vollständigen Erläuterung der fraglichen Rechtsregel in ihrer Beziehung auf Vermächtnisse bedarf es noch einer näheren Erörterung folgender Punkte:

1) Vor allem wird vorausgesetzt, daß es dieselbe individuelle Sache (eadem res s. species) sei, welche aus dem einen und dem anderen lucrativen Rechtsgrunde gefordert wird, beziehungsweise erworben ist. Daher findet sie nicht Anwendung bei mehreren Vermächtnissen einer Sache derselben Gattung [27]), bei Vermächtnissen von Summen oder Quantitäten [28]). Daher sagt Paulus, wem eine tessera frumentaria vermacht sei, der behalte noch seine Vermächtnißforderung, wenn gleich er anderweitig schon eine solche unentgeltlich erhalten: quon-

27) L. 66. §. 3. D. de legat. I.

28) Vgl. oben §. 1518. f., insbesondere S. 211. fgg.

iam tale fideicommissum magis in quantitate quam in corpore consistit [29]).

Als dieselbe Sache kann aber auch derselbe (intellektuelle) Theil einer bestimmten Sache erkannt werden. Einen Fall dieser Art bespricht Papinian in L. 66. §. 1. D. de legat. II.

> Duorum testamentis pars fundi, quae Maevii est, Titio legata est: non ineleganter probatum est, ab uno herede soluta parte fundi, quae Maevii est, ex alio testamento liberationem obtingere, neque postea [30]) parte alienata revocari actionem semel extinctam.

Man möchte etwa glauben, unter der pars fundi, quae Maevii est, habe sich Papinian ein bestimmtes Stück des ganzen Grundstücks gedacht (pars divisa oder locus certus fundi). Das ist nach dem ganzen Zusammenhang der Stelle nicht zulässig. Partes divisae eines Grundstücks sind in der That ganz verschiedene Gegenstände, mehrere Grundstücke, eine jede derselben ist für sich vollkommen una eademque res, und in Beziehung darauf würde Papinian die Frage kaum aufgeworfen haben. Dagegen spricht der Gegensatz in §. 2. derselben Stelle („pars fundi simpliciter legata"), wo unzweifelhaft an eine pars pro indiviso gedacht ist. Der Unterschied zwischen §. 1. und 2. besteht nur darin, daß dort zu der Bezeichnung der pars fundi noch hin-

29) L. 87 pr. D. de legat. I. Vgl. oben S. 104. Anm. 9.

30) Der Zusammenhang verlangt hier eine Betonung der pars als eadem pars. Daher ist wohl zu billigen die Lesart: „post ea parte" oder „postea ea parte," wie Hoffmann (melet. ad pand. XXV. 2.) vorgeschlagen hat. Vgl. Schulting, ed. Smallenburg ad h. l.

zugefügt ist „quae Maevii est [31])." Der Antheil aber des Maevius an dem Eigenthum des Grundstücks ist ein genau bestimmter Gegenstand, der nur einmal, ex una vel altera lucrativa causa, erworben wird, einerlei ob in dem Vermächtniß zugleich die Größe jenes Antheils angegeben ist, z. B. dimidia pars fundi, quae Maevii est, oder nicht, jedoch vorausgesetzt im letzten Falle, daß der Vermächtnißgeber durch die Bezugnahme auf den Antheil des Maevius nicht blos die Größe des Antheils, der vermacht sein soll, bestimmen wollte.

Anders würde es sich verhalten, wenn der Fall gesetzt wäre: Duorum testamentis pars dimidia fundi, *qui* Maevii est, i. e. fundi Maeviani, Titio legata est [32]). Hier ist nicht eadem res duorum testamentis legata; neben der einen Hälfte des Grundstücks besteht eine zweite, und wenn der Legatar die eine aus dem einen Testamente erlangt hat, so kann er immer noch die andere aus dem anderen Testamente fordern [33]). Daher fährt Papinian in L. 66. §. eod. fort:

> Sed si pars fundi simpliciter, non *quae Maevii fuit*, legetur, solutio prior non peremit [34]) alte-

31) Vgl. Sell a. a. O. S. 148. Schmidt l. c. pag. 39. Allerdings aber würde, wenn schlechthin der Antheil des Maevius vermacht ist und sich ergibt, daß dieser Eigenthümer eines bestimmten Stückes sei, nun dieses der Gegenstand des Vermächtnisses sein als locus certus, und davon dasselbe gelten, wie von jeder vermachten Species.

32) Ungenau ist es daher, wenn Maiansius a. a. O. §. 22. den Fall der L. 66. §. 1. D. l. c., so angibt: „si ex uno testamento *Maeviani fundi* partem Titius obtinuit."

33) L. 83. D. de legat. I. (Marcellus lib. XIII. Dig.): Titius Stichi partem tibi legavit; eiusdem Stichi partem Seius tibi legavit; ex utriusque testamento consequeris.

34) Bei Haloander fehlt die Negation; offenbar ein Fehler. Die

ram actionem, atque etiam hanc eandem partem aliquo modo suam factam poterit alter heres solvere; namque [35]) plures in uno fundo dominium iuris intellectu, non divisione corporis obtinent.

Papinian hebt dabei ausdrücklich hervor, daß dem Legatar, welcher den zuerst erworbenen Theil wieder veräußert habe, der zweite Vermächtnißträger nun auch eben diesen selben Theil, den er irgendwie erwerbe, wieder geben könne, um seine Vermächtnißschuld zu tilgen; denn es handle sich hier nur um den gleichen intellektuellen Antheil am Eigenthum, wobei es nicht in Betracht kommt, wem dieser Theil früher gehörte und von wem ihn der Vermächtnißträger zu jenem Zwecke jetzt sich verschafft. In dieser Beziehung stellt er dann in §. 3. daselbst noch in Gegensatz den Fall, wenn in zwei Testamenten ein Sklave nur als der Gattung nach bestimmter Gegenstand vermacht sei, indem er behauptet, daß in diesem Fall ein dem Legatar einmal erworbener Sklave auch dann, wenn er denselben wieder veräußere, nicht mehr als Gegenstand des noch bestehenden Vermächtnisses in Zahlung gegeben werden könne [36]).

Kriegel'sche Ausgabe hat nach jenem *perimit* statt *peremit*.

35) Diese Lesart hat Haloander's Ausgabe zuerst in den Text aufgenommen; nach dem Zeugniß des Contius und Charondas fand sich dieselbe auch in Vulgathandschriften. Die Florentinische Lesart ist *neque*, die Brencmann auch in sieben anderen Handschriften fand; diese gibt aber keinen Sinn. Ebensowenig befriedigt Brencmann's Vorschlag statt *neque* zu lesen *aeque*. Vgl. die Gebauer-Spangenbergische Ausgabe und Schulting-Smallenburg ad h. l. Sell a. a. O. S. 149. Anm. 1.

36) Mit dieser Ansicht sind aber andere Stellen, namentlich

Wegen mangelnder Identität der Sache findet die Regel über den concursus causarum lucrativarum auch dann nicht Anwendung, wenn dem Legatar in einem Testamente eine bestimmte Sache, in einem anderen dieselbe Sache oder alternativ eine andere vermacht ist oder auch in beiden Testamenten dieselben beiden Sachen alternativ vermacht worden sind, insofern hier der Legatar diejenige Sache, die er nicht kraft des einen Vermächtnisses schon erhalten hat, immerhin noch kraft des anderen Vermächtnisses ungehindert fordern kann. L. 82. §. 6. D. de legat. I. (Julian.):

> Quum mihi Stichus aut Pamphilus legati fuissent duorum testamentis et Stichum ex altero testamento consecutus fuissem, ex altero Pamphilum petere possum, quia et si uno testamento Stichus aut Pamphilus legati fuissent et Stichus ex causa lucrativa meus factus fuisset, nihilominus Pamphilum petere possum.

L. 67. D. de V. O. XLV. 1., nicht zu vereinigen. Vgl. über diese Streitfrage und die Erklärung der betreffenden Stellen vorzüglich Cuiac. in dessen quaest. Pap. lib. XVII. (opp. IV. col. 442. sq.). Maians. l. c. §. 21. 22. Sell a. a. O. S. 153—174. Hier ist nicht der Ort, darauf näher einzugehen, da ihre Beantwortung wesentlich von der Auffassung des genus legatum abhängt, wovon nach Hellfeld erst zu lib. XXXIII tit. V. in §. 1558. die Rede sein wird. Vorläufig möge nur schon hier bemerkt sein, daß L. 66. §. 3. cit. meines Erachtens unwiderleglich die Unrichtigkeit der Meinung beweist, welcher Vangerow noch in der neuesten Ausgabe seines Lehrbuches der Pandekten (II. S. 525.) huldigt, wornach nämlich das Vermächtniß einer Gattungssache unwirksam sein soll, wenn sich keine Sache der bezeichneten Gattung in der Erbschaft vorfindet. Vgl. Arndts im Rechtslexikon VI. S. 333. fg. Pand. §. 574.

Dies steht in Uebereinstimmung mit dem Grundsatze, daß die alternative Obligatio überhaupt auf den übrig bleibenden Gegenstand sich fixirt, wenn in Ansehung des anderen alternativ geschuldeten Objektes die Erfüllung unmöglich geworden ist [37]), und so wird denn auch allgemein gelehrt:

Si Stichum aut Pamphilum mihi debeas et alter ex his meus factus sit ex aliqua (d. i. alia qua) causa, reliquus debetur mihi a te [38]).

Es könnte sich dabei nur fragen, ob, wenn der Vermächtnißträger unter den alternativ vermachten Sachen die Wahl hat, wie es nach vorjustinianischem Rechte beim Damnationslegat im Zweifel der Fall war, demselben nicht das Recht zustehe, den Legatar durch Zahlung des Werthes derjenigen Sache abzufinden, deren Eigenthum dieser bereits auf anderem Wege, sei es ex lucrativa oder ex onerosa causa, erworben hat? Dies muß consequent allerdings behauptet werden, nach L. 47. §. 3. D. de legat. I., wenn man nicht den Schlußworten der unten abgedruckten Bemerkung Ulpian's,

37) Arndts Pand. §. 274. not. f.

38) L. 16. pr. D. de V. O. XLV. 1. (Pompon. lib. VI. ad Sab.). Vgl. Sell a. a. O. S. 174. fgg. Fr. Mommsen a. a. O. S. 258. Die Florentinische Handschrift hat übrigens *reliquum* statt *reliquus*; es hat aber wohl, auch wenn man die von Th. Mommsen aufgestellte Ansicht über das Verhältniß des Florentinischen Textes zu dem der der Vulgathandschriften in dem letzten Theile der Digesten (Bekker's Jahrb. des gemeinen Rechtes V. 18.) für unbestreitbar hält, kein Bedenken, die Lesart der letzten *reliquus* aufzunehmen, die nach Gebauer auch der Cod. Rehd. hat; *reliquum* konnte dem Schreiber leicht durch Wiederholung aus der vorhergehenden L. 15. eod. in die Feder laufen.

gewiß mit Unrecht, alles Gewicht abzusprechen sich berechtigt hält [39]).

2) Es fragt sich, in wiefern der Zeitpunkt des lucrativen Erwerbes in Betracht komme, damit in Folge dessen die Forderung aus dem Vermächtnisse derselben Sache erlösche? Die betreffende Hauptstelle der Institutionen nennt ausdrücklich den Fall, wenn schon bei Lebzeit des Erblassers (vivo testatore) dem Legatar das Eigenthum der vermachten Sache erworben worden. Allein mit Recht hat schon die Glosse bemerkt [40]), daß es darauf nicht wesentlich ankomme, daß vielmehr auch der erst nach dem Tode des Erblassers vor der Entrichtung des Vermächtnisses erfolgte lucrative Erwerb die gleiche Wirkung habe. Dagegen hat zwar Bachov zu §. 6. J. cit. Bedenken erhoben, weil der Regel nach morte testatoris dies legati cedit, „qui, wie er sagt, postquam semel utiliter cessit, non videtur ex postfacto legatum extingui posse.“ Stillschweigend gibt er darin zu, daß wenigstens da, wo ausnahmweise nicht schon morte testatoris dies legati cedit, der Erwerb nach dem Tode des Erblassers noch dieselbe Folge haben könnte; also ist der Satz des §. 6. J. cit. jedenfalls nicht ganz genau. Aber Bachoven's Ansicht ist auch abgesehen davon durchaus falsch und unhaltbar, und es ist nur zu verwundern, wie selbst

39) Si Stichus aut Pamphilus legetur . . . . . placuit, et si alter decesserit, alterum omnimodo praestandum; *fortassis vel mortui pretium.* Vgl. Fr. Mommsen a. a. O. S. 310. fg. Vangerow Pand. III §. 569 Anmerk. 2.

40) Glossa ad §. 6. J. de legat. II. 20. bei den Worten *vivo testatore*: „Idem est si post mortem, ut j. §. si cui.“ (d. i. §. 9. ibid.)

Schrader sich in gleichem Sinne äußern konnte [41]. Widerlegt wird sie vollkommen allein schon durch die allgemeine in L. 17. D. de O. et A. ausgesprochene Regel [42]), und nicht mit Unrecht nennt Vinnius dieselbe frivol, zumal da ihr entschieden auch eine Stelle entgegensteht, von welcher Bachov a. a. O. sofort selbst in anderer Beziehung Gebrauch macht.

Eine andere Frage nämlich ist die, ob der nach Errichtung des Vermächtnisses noch bei Lebzeit des Vermächtnißgebers einmal vollendete lucrative Erwerb des Vermächtnißgegenstandes durch den Bedachten das Vermächtniß sofort vernichte?

Auch dieses möchte man nach dem buchstäblichen

41) Er sagt zu §. 6. J. cit. (pag. 361.). Cedit enim legati dies a morte testatoris. Quo tempore opus est, ut legati acquirendi facultatem habeat, quae in re ipsi propria deest. Hinc de eo tempore quaeritur, quo testator vivit. Postea enim, si quid novi accidat, legato iam acquisito, de illius efficacia amplius quaerendi nulla est occasio.

42) Vgl. oben Seite. 259. Anm. 14.
Der Bemerkung Schrader's liegt eine Verwechslung zum Grunde zwischen dem Anfall des von da an vererblichen Vermächtnißrechts, der die legati cedente entschieden ist und dem Erwerbe des Eigenthums der vermachten Sache. Durch jenen wird zunächst nur die obligatio legati entschieden; diese aber kann als Forderung ex causa lucrativa durch Erwerb der Sache ex alia causa lucrativa wie jede andere solche Forderung aufgehoben werden. Von dem unmittelbaren Eigenthumserwerb durch das (Vindikations-) Legat ist hier zu abstrahiren, da §. 6. cit. ausdrücklich nur vom Legat einer fremden Sache spricht. Unrichtig ist demnach auch die Regel, wie sie Vering Erbr. S. 723. angibt: „Erwirbt der Honorirte aber den Gegenstand nach Errichtung des Testamentes vor dem Anfalle des Vermächtnisses titulo lucrativo, so kann er .... nicht noch einmal fordern."

Inhalt der Institutionenstelle zu behaupten geneigt sein; denn diese setzt nichts Anderes voraus, als daß das Eigenthum der vermachten Sache vivo testatore dem Legatar erworben sei. Darnach würde das Vermächtniß wirkungslos bleiben, auch wenn dem Legatar ebenfalls noch bei Lebzeit des Erblassers das erworbene Eigenthum wieder entgangen ist. Das wird denn auch sogar wohl als die gemeine Meinung angesehen. Dagegen aber erhebt Bachov a. a. O. wohlbegründete Einwendungen, und in diesem Punkte stimmt ihm Vinnius a. a. O. bei, obwohl beide nur zweifelnd und schüchtern die angeblich gemeine Meinung beanstanden [43]). Sie berufen sich auf den Eingang der L. 82. pr. D. de legat. I. „Non quocunque modo si legatarii res facta fuerit die cedente obligatio legati extinguitur," als worin angedeutet sei, daß es darauf ankomme, ob in dem Zeitpunkte, wenn dies legati cedit, die Sache noch im Eigenthum des Legatars sich befinde [44]). Dieses Argu-

43) Bachov sagt schließlich: „Et hoc quoque, interim in medium relinquo," und Vinnius sagt nur: Sed ego subsisto propter L. 82. pr. D. de legat I."

44) Vgl. oben Seite 262. — Die Ausgaben interpungiren größtentheils nach dem Vorgange der Torellischen: „*fuerit, die cedente obligatio.*" Das ist unzulässig; denn, hat der Legatar das Eigenthum schon ante diem legati cedentem ex causa lucrativa erworben, so kann man nicht sagen, die cedente *extingui* obligationem legati; diese entsteht dann gar nicht. Richtiger interpungiren andere Ausgaben, z. B. die Elzevir'sche und Gebauer-Spangenbergische: „*fuerit, die cedente, obligatio.*" Man kann aber das Komma auch blos nach *cedente* setzen; denn aus dem Nachfolgenden ergibt sich, daß Julian einen Fall vor Augen hat, wo der Legatar das Eigenthum der vermachten Sache erst erworben hat, nachdem dies legati cessit; daß die Worte „*die cedente*"

ment könnte beanstandet werden, weil die Stelle von einem die legati cedente eingetretenen Erwerbe spreche; denn unzweifelhaft ist, daß dasselbe auch dann gelte, wenn der Erwerb schon früher gemacht worden ist, wofern nur der Legatar die cedente das Eigenthum noch hat [45]). Aber eben deßhalb, weil es keinen Unterschied macht, ob das Eigenthum, welches der Legatar zur Zeit, wo das Vermächtniß in Wirksamkeit getreten ist, schon hat, demselben ante oder post diem legati cedentem ex lucrativa causa erworben ist, muß man aus dem Beisatz jener Worte schließen, Julian setze vor Allem für jeden Fall voraus, daß der Legatar Eigenthümer der Sache (schon und beziehungsweise noch) sei, nachdem dies legati cessit. Damit ist auch §. 6. J. de legat. leicht zu vereinigen; bei dem Vordersatze des §. kann füglich hinzugedacht werden, daß die schon bei Lebzeit des Erblassers dem Legatar erworbene Sache eben auch bis zum Tode des ersten noch im Eigenthum des letzten geblieben sei, und nach dem letzten Satze muß dies hinzugedacht werden, indem dieser sagt: „si rem (consecutus est), agere non potest, qui *habet* eam ex causa lucrativa." Damit stimmt ferner überein, daß in mehreren Stellen gesagt wird, durch den lucra-

in dem Satze: „rem . . . accipere me . . . *die legati cedente* ab eo herede etc." so zu verstehen sind, ist einleuchtend, man möchte denn die Stelle spitzfindig so erklären, daß gerade an demselben Tage, in demselben Zeitpunkte, quo dies cedit, dem Legatar von einem anderen Erben gegeben werde. Daher widerlegt diese Stelle zugleich die oben (S. 277.) berührte Meinung Bachov's.

45) Daher bemerkt die Glosse zu den Worten *die cedente*: „sc. *etiam*; nam idem si *ante*, ut inst. de legat. §. si res," woraus hervorgeht, daß sie jene Worte mit dem Vordersatze „si . . . facta fuerit" verbindet.

tiven Erwerb werde die Obligatio zur Leistung derselben Sache aus anderem lucrativem Rechtsgrunde getilgt, der Schuldner befreit. Vor dem Tode des Vermächtnißgebers besteht die Vermächtnißverbindlichkeit überall noch nicht; selbst als zukünftige ist sie noch nicht sicher begründet; der Vermächtnißgeber kann das Vermächtniß jederzeit zurücknehmen, und selbst nach dem Tode desselben wird die Entstehung jener Obligatio noch vereitelt, wenn der Bedachte den Zeitpunkt, quo dies legati cedit, nicht erlebt. Also kann auch von Erlöschen der Vermächtnißforderung, von Befreiung von der Vermächtnißschuld, bis dahin nicht die Rede sein. Widersprechend ist auch nicht, was Papinian in L. 66. §. 1. D. de legat. II. sagt: ex alio testamento liberationem obtingere, neque postea parte alienata revocari actionem semel extinctam [46]); dabei ist eben vorausgesetzt, daß die Vermächtnißforderung aus beiden Testamenten schon in's Leben getreten sei, daß in Ansehung beider Vermächtnisse iam cessit dies; nur unter dieser Voraussetzung konnte Papinian von Liberation reden.

Es könnte jedoch eingewendet werden, wenn auch nicht von Erlöschen einer Vermächtnißforderung, so doch könne von Erlöschen des Vermächtnisses schon vor dem Tode des Erblassers gesprochen und gesagt werden: extingui, evanescere legatum, wie in L. 83. §. 6. D. de V. O. Paulus sich ausdrücke „evanescit stipulatio," und in L. 21. §. 1. D. de legat III. derselbe im Fall lucrativen Erwerbs sage „extingui fideicommissum placet." Dies nun möchte man zu behaupten sich versucht fühlen mit Berufung auf die Regel: Quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere

46) Vgl. oben S. 272. Anm. 30.

non poterant, pro non scriptis habentur [47]), oder: etiam ea, quae recte constiterunt, resolvi, quum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere [48]). Aber diese Regel ist bekanntlich eine sehr problematische und jedenfalls nicht als durchgreifender Grundsatz anzuerkennen. Marcellus führt dieselbe nur an als eine von manchen Rechtsgelehrten aufgestellte Regel, ohne sie zu billigen [49]), und Paulus bemerkt darüber in einer bestimmten Anwendung, wenn man sich dieselbe auch gefallen lasse, so sei sie doch nicht durchgreifend wahr [50]). Sie ist namentlich in Anwendung auf Vermächtnisse nicht durchgreifend wahr. Das Vindicationslegat war als solches ungültig, wenn nicht der Testator zur Zeit der Errichtung iure Quiritium Eigenthümer der vermachten Sache war; aber es wurde keineswegs vereitelt, wenn derselbe später das Eigenthum verlor, wofern er es nur zur Zeit seines Todes wieder hatte [51]). Das einem Fremden, dem die testamenti factio fehlte, hinterlassene Legat war, wie dessen Erbeinsetzung, nichtig; aber der spätere Verlust der Testamentsfähigkeit schadete dem gültig Bedachten nicht, wenn er nur die legati cedente dieselbe wieder erlangt

47) L. 3. §. 2. D. de his quae pro non scriptis hab. XXXIV. 8.

48) L. 98. pr. D. de V. O. XLV. 1. (Marcell. lib. XX. Dig.). Vgl. §. 2. J. de inutil. stipulat. III. 19. Richter's krit. Jahrb. a. a. O. S. 964.

49) „secundum *illorum opinionem*, qui etiam ea, quae recte constiterunt, resolvi *putant*, quum“ etc.

50) L. 140. §. 2. D. l. c. Etsi placeat extingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest, non tamen hoc in omnibus verum est. Vgl. Averani interpret. iur. IV. 24. sq.

51) Vgl. oben Seite 18. Anm. 40.

hatte [52]). So auch sind andere später erst eingetretene, aber rechtzeitig, ante diem legati cedentem, wieder beseitigte Hinderungen der Wirksamkeit des Vermächtnisses ohne Einfluß, obgleich sie, wenn sie schon zur Zeit der Errichtung bestanden hätten, dasselbe nach der Catonianischen Regel unrettbar vereitelt haben würden [53]).

Dieses ist insbesondere auch von dem im vorigen §. 1519. besprochenen Fall der Anwendung dieser Regel zu behaupten. Ist die vermachte Sache zur Zeit der Errichtung im Eigenthum des Legatars, so ist das Vermächtniß der Regel nach erfolglos, mag dieser auch vor dem Tode des Erblassers das Eigenthum wieder verloren haben. War jenes nicht der Fall, so ist das Vermächtniß von Anfang wirksam angeordnet und seiner Wirksamkeit steht nichts entgegen, wenn der Bedachte erst nachher das Eigenthum erwirbt, wofern er nur die cedente dasselbe nicht mehr hat. Wer aus der Catonianischen Regel ableiten wollte, daß die bei Lebzeit des Erblassers erfolgte Erwerbung der Sache aus lucrativem Rechtsgrunde das Vermächtniß sofort vernichte, weil nun die Lage so beschaffen sei, daß dasselbe jetzt nicht wirksam angeordnet werden könnte, der müßte consequent ganz dasselbe behaupten, auch wenn aus anderem Rechtsgrunde dem Legatar hinterher das Eigenthum erworben wird; denn wenn er schon zur Zeit der Errichtung Eigenthümer wäre, so würde es keinen Unterschied machen, aus welchem Rechtsgrunde er das Eigenthum erworben

52) L. 49. §. 1. D. de hered. instit. XXVIII. 5.

53) Vgl. den Tit. de regula Catoniana. XXXIV. 7. So auch spricht §. 14. J. de legat. II. 20. a. E. aus: „Non enim placuit sententia existimantium extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenit, a qua incipere non potest.“

hatte; das Vermächtniß wäre in jedem Fall wirkungslos. Die Regel von dem Einfluß des concursus causarum lucrativarum ist demnach genauer so zu fassen:

Wenn der Legatar die ihm vermachte Sache, vor oder nach dem Tode des Vermächtnißgebers, ex alia lucrativa causa erworben, und demzufolge post diem legati cedentem schon vollständig das hat, was das Vermächtniß ihm zuzuwenden bezweckte, so fällt die Vermächtnißforderung weg.

So ist denn auch der Satz des Paulus in L. 21. §. 1. cit. „fideicommissum . . . apud eum . . . . ex causa lucrativa inventum extingui placuit," zu verstehen: *inventum*, sc. *post mortem testatoris* oder *die fideicommissi cedente*.

Die Richtigkeit dieser Bestimmung wird noch einleuchtend bestätigt durch die oben angeführte L. 98. pr. D. de V. O. Marcellus stellt hier zuerst den Satz auf: Existimo (me) posse id quod meum est sub conditione stipulari, was nicht von allen Rechtsgelehrten anerkannt war, wie sich schon aus dem Wort *Existimo* vermuthen läßt, aus einer Aeußerung Ulpian's aber klar hervorgeht [54]). Dazu bemerkt er: Wäre dieser Satz nicht richtig, so würde folgen, daß die bedingte Stipulation einer fremden Sache sofort zunichte werde, wie ich diese Sache anderweitig ex causa lucrativa erwerbe, zumal nach der Meinung derjenigen, welche der oben bei Anm. 48. angeführten Regel huldigen [55]). Mar-

54) L. 41. §. 2. D. de legat. I. „secundum eos, qui et emi rem meam sub conditione et promitti mihi stipulanti et legari aiunt.

55) „Aut si hoc verum non est, et alienum fundum sub conditione stipulatus fuero, isque ex lucrativa causa meus esse coeperit, confestim perimeretur stipulatio;

cellus verwirft aber offenbar nicht nur diese Regel, sondern, und zwar noch entschiedener und abgesehen von derselben, den vorhergehenden Satz, den er, weil er ihn entschieden für unzulässig hält, zur Bestätigung der Wahrheit seines eigenen Hauptsatzes anführt, indem dessen Verläugnung consequent zur Annahme jenes durchaus verwerflichen Folgesatzes führen würde [56]). Das aber ist nun als die in der Justinianischen Rechtssammlung, welche jenen Hauptsatz zudem auch sonst noch klar anerkennt [57]), recipirte Rechtsansicht anzunehmen. Wenn nun hiernach selbst die bedingte Stipulation durch den vor Erfüllung der Bedingung, also ante diem cedentem, erfolgten lucrativen Erwerb der stipulirten Sache nicht vereitelt wird, sondern immer noch wirksam werden kann, wofern nur zur Zeit der Erfüllung der Bedingung

.... et maxime secundum illorum opinionem etc. (vgl. Anm. 49). *Maxime*, sagt Marcellus; denn nach der Consequenz dieser Meinung käme es nicht einmal darauf an, ob ich die Sache ex lucrativa causa erworben habe, weil ich die Sache, die gegenwärtig schon die meinige ist, in keinem Fall wirksam stipuliren könnte.

56) Vgl. Donell. und Duaren. ad h. l. im comment. ad Tit. Dig. de V. O. XLV. 1. Retes l. c. pag. 390. §. 44.

57) L. 41. §. 2. cit. L. 98. D. de condit. et demonstrat. XXXV. 1. Dagegen kann auch §. 2. J. de inutil. stip. kein Bedenken erregen, weil er nur die unbedingte Stipulation im Auge hat. Demnach ist der Tadel, den der Recensent in den krit. Jahrb. a. a. O. gegen Sell darüber ausspricht, daß dieser die L. 98. pr. cit. überhaupt hieher bezogen habe, völlig unbegründet, und unrichtig der Satz, den jener aufstellt, daß die bedingte Stipulation in jedem Falle erlösche, wenn der Stipulator pendente conditione aus irgend einem Grunde das Eigenthum der stipulirten Sache erworben habe. Vgl. Vinn. ad §. 2. J. l. c. Donell. ad L. 31. D. de V. O. XLV. 1.

die Sache nicht mehr im Eigenthum des Stipulators ist, so muß noch vielmehr dasselbe in Ansehung des Vermächtnisses behauptet werden, das ante diem cedentem nicht einmal, wie jene, auf die Erben des Bedachten sich überträgt.

Mit diesem Resultat stimmt auch Maiansius a. a. O. §. 11. überein. Mit Bezugnahme auf L. ult. D. ex quib. caus. in poss. eatur. XLII. 4. bemerkt er dort, daß nach lucrativem Erwerb der vermachten Sache, si legati aut fideicommissi dies iam cessisset, der Bedachte nicht mehr Caution zur Sicherstellung des Vermächtnisses verlangen könne, quia frustra peteret quod iam haberet. Dann setzt er hinzu: „Aio, *si legati aut fideicommissi dies iam cessisset;* nam, si non cessit, nequit heres excusari, ut cautionem praestet, etiamsi legatarius aut fideicommissarius cautionem petens dominus rei iam sit: quia fieri potest, ut cessionis tempore legatum aut fideicommissum valeat (L. 41. §. 2. D. de legat. I. L. 98. D. de cond. et dem.).“ Auch die neueren Schriftsteller, wenn sie sich auch nicht ausdrücklich über diesen Punkt aussprechen, scheinen durchgängig derselben Meinung zu sein, indem sie als Folge des lucrativen Erwerbs die Aushebung der Forderung bezeichnen, die vor dem Tode des Vermächtnißgebers noch nicht begründet ist. Bestimmt sprechen dieses aus Puchta (Vorlesungen über das heutige römische Recht I. §. 538. a. E.): „die Forderung aus dem Vermächtniß wird aufgehoben .... z. B. durch Erwerbung des Gegenstandes ex causa lucrativa. ... Nicht das Vermächtniß, nur die Forderung daraus ist aufgehoben,“ und Sintenis (prakt. Civilrecht III. §. 212. Anm. 21): „Es erlischt also nicht das Vermächtniß, sondern nur die Forderung.“

Vor dem Tode des Vermächtnißgebers könnte eben nur von Erlöschen des Vermächtnisses gesprochen werden.

Dagegen Roßhirt II. S. 448. sagt ohne Beschränkung: Wenn der Eingesetzte die . . . Sache nach der Einsetzung aus einem lucrativen Grunde erworben hat, so kann er sie nicht zum zweitenmale fordern," und Mühlenbruch Pand. §. 741. zu Anm. 6., indem er sagt: „ist das Vermächtniß wirkungslos, falls nicht der Vermächtnißnehmer dieselbe erst nach errichtetem Testamente titulo oneroso erworben hat," berechtigt argumento a contrario zu dem Schlusse, daß er im Falle lucrativen Erwerbes „nach errichtetem Testament," sei es auch bei Lebzeit des Testators, das Vermächtniß schlechthin für erloschen ansehe.

Uebrigens darf man mit der hier erörterten nicht die Frage vermengen, welche Folge es habe, wenn der Legatar die ihm vermachte Sache hinterher vor dem Tode des Vermächtnißgebers von diesem selbst erwirbt. Dieser Fall hat mit der Regel vom concursus causarum lucrativarum überall nichts zu schaffen. Die Hauptstelle darüber, §. 6. J. de legat., hat nach ihrem ausdrücklichen Inhalt nur den Fall im Auge, wenn der Erblasser eine fremde Sache vermacht hat. Es war daher ein Fehlgriff, wenn Holzschuher[58]) in Beziehung darauf den Satz aufstellte: „hat der Legatar die Sache . . . . aber noch bei Lebzeiten des Testators von demselben unentgeltlich erhalten, dann ist der Erbe zu nichts weiter verbunden." Dieser Satz ist zwar an sich richtig; aber aus einem anderen Grunde, darum nämlich, weil darin eine anticipirte Entrichtung des Vermächtnisses und deßhalb zugleich eine Aufhebung oder

58) Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts II. 1 Kap. X. §. 7. a. E. (S. 831. der ersten Aufl.).

Zurücknahme desselben als solchen enthalten ist, und aus dem letzten Gesichtspunkte ist das Vermächtniß selbst auch in dem Falle als aufgehoben anzusehen, wenn der Vermächtnißgeber die vermachte Sache durch ein entgeltliches Rechtsgeschäft an den Legatar veräußert hat [59]). Wenn dagegen der letzte bei Lebzeit des ersten die Sache unentgeltlich von einem Dritten erworben hat, dann wird dadurch nicht das Vermächtniß, sondern nur die Vermächtnißforderung beseitigt, und diese nur, wenn die Sache die legati cedente noch im Eigenthum des Legatars sich befindet.

3) Unter die Regel über den concursus causarum lucrativarum ist nicht auch der Fall zu stellen, wenn derselbe Erblasser in seinem Testament oder auch in mehreren nebeneinander bestehenden letztwilligen Verfügungen, z. B. im Testament und in einem Codicill, oder auch in mehreren Testamenten, wo diese ausnahmweise nebeneinander gelten, derselben Person dieselbe Sache mehrmals vermacht hat. Allerdings kann auch hier regelmäßig der Vermächtnißnehmer, nachdem er der einen Verfügung gemäß die Sache erhalten hat, nicht dieselbe Sache kraft der anderen Verfügung noch einmal, noch auch anstatt derselben deren Werth fordern. Allein der Grund davon liegt hier darin, daß nach dem vermuthlichen Willen des Vermächtnißgebers angenommen wird, die Sache solle nur einmal vermacht sein, in der That also nur eine causa lucrativa für den Erwerb derselben vorliegt. Daher kommt es hier auch nicht darauf an, ob der Vermächtnißnehmer zuerst, nach der einen jener Verfügungen, die Sache selbst oder den Werth derselben erhalten hat; auch in dem letzten Falle kann

59) Vgl. Arndts im Rechtslexikon VI. S. 298. 328. Unger Erbr. §. 67. Anm. 16.

er nichts mehr fordern. Nur wenn als Wille des Vermächtnißgebers sicher erkannt wird, daß er das Vermächtniß verdoppeln wollte, kann die Sache und deren Werth gefordert werden [60]). Ebenso ist der Fall zu beurtheilen, wenn der Testator zuerst im Testament die Sache zur Last eines Erben vermacht, dann aber in einem Codicill das Vermächtniß zur Last der Erbschaft schlechthin, also aller Erben, wiederholt hat, insofern dieses nur als eine Aenderung eines und desselben Vermächtnisses in Ansehung des Vermächtnißträgers, als eine translatio desselben aufzufassen ist [61]). Wenn aber der Testator in demselben Testament zwei eingesetzten Erben, einem jeden von ihnen, ausdrücklich dieselbe ganze Sache demselben Legatar zu geben auferlegt hat, so ist dieses nicht anders zu beurtheilen, als wenn das gleiche Vermächtniß zur Last verschiedener Erben von verschiedenen Erblassern angeordnet wäre. Das sagt deutlich Ulpian in L. 53. §. 2. D. de legat I.

> Si quis duos heredes scripserit et damnaverit unumquemque solidam rem legatario praestare,

60) L. 34. §. 1. 4. L. 86. §. in f. D. de legat. I. L. 42. in f. D. de usufr. VII. 1. „Nam saepius idem legando non ampliat testator legatum; re autem legata etiam aestimationem eius legando ampliare legatum possumus.“ Vgl. oben §. 1518. f. S. 203. fg., 211. fg. Sell a. a. O. S. 73. fg.

61) L. 86. §. 1. D. de legat. I. (Julian.) L. 66. §. 5. D. de legat. II. (Papinian). Eum, qui ab uno ex heredibus, qui solus oneratus fuerat, litis aestimationem legatae rei abstulit, postea codicillis apertis ab omnibus heredibus eiusdem rei relictae, dixi, dominium non quaerere; eum enim, qui pluribus speciebus iuris uteretur, *non saepius eandem rem eidem legare, sed loqui saepius.*

idem est, atque si duobus testamentis legatum esset; nam et si mihi et filio etc. [62]).

Hier ist also ein wahrer concursus causarum lucrativarum vorhanden, und findet die Regel Anwendung, daß die Forderung gegen den einen Erben zwar wegfalle, wenn der Legatar von dem anderen die Sache selbst erhalten hat, aber bestehen bleibe, wenn ihm von dem einen Erben zuerst der Werth derselben entrichtet worden ist. Hoheisel in seiner muthigen Dissertation wollte freilich vorzüglich aus dieser Stelle beweisen, daß die gemeine Meinung über den concursus causarum lucrativarum unrichtig und in Uebereinstimmung mit Ulpian's Aeußerung in L. 34. §. 2. D. eod. zu behaupten sei, daß immer aus beiden lucrativen Rechtsgründen die Forderung aufrecht bleibe, der Berechtigte möge nun den Werth oder die Sache zuerst erhalten haben. Er folgert dies daraus, daß in dem Falle der L. 53. §. 2. cit. beide Damnationslegate als auf dieselbe ganze Sache gerichtet vollgültig nebeneinander bestehen, wie nach der Regel des älteren Rechtes die Damnationslegate gleichen Inhalts an verschiedene Legatare, welche stets unabhängig von einander das Legat geltend machen und so der eine die Sache, der andere die Aestimation erhalten könnten [63]). Allein, daß es darin keinen Unterschied machte, ob dieselbe Sache demselben oder verschiedenen Legataren per damnationem vermacht war, das hat er nicht bewiesen und aus der vorliegenden Stelle geht es nicht hervor. Die Entscheidung Ulpian's erscheint übrigens ganz gerechtfertigt. Da überall nichts im Wege steht, daß mehrere dieselbe Sache demselben zu geben verpflichtet werden, so ergab sie sich aus

62) Ueber den Schluß des §. vgl. oben S. 269. Anm. 24.

63) Ulpiani fragm. XXIV. 13. Gai. II. 205.

der einfachen Erklärung des doppelten Damnationslegates. Sollte die Sache nur einmal vermacht sein, so mußte als Willensmeinung des Testators erkannt werden, entweder daß beide Erben als Correi verpflichtet sein sollten, oder daß das zuerst dem einen Erben auferlegte Vermächtniß demselben ganz abgenommen und allein dem zweiten Erben aufgebürdet sein solle. Beides aber mußte durch besondere Umstände begründet sein; auch das letzte war man, da beide Verfügungen in demselben Testamente sich fanden, ohne besonderen Grund anzunehmen nicht berechtigt, und so mußte hier dasselbe gelten, was in einer anderen Stelle von dem Falle gesagt wird, wenn demselben Legatar zur Last des einen und des anderen eingesetzten Erben zweimal dieselbe Summe vermacht war [64]). Daß aber die gleiche Entscheidung ebenso am Platze war, wenn gleicher Weise durch Fideicommiß in demselben Testamente verschiedene Personen dieselbe ganze Sache demselben zu geben ersucht worden, hat gar kein Bedenken. Es war gewiß unerheblich, ob der Testator in Ansehung jedes der beiden Erben gesagt hatte: ***dare damnas esto***, oder: ***fidei eius committo uti det.*** Darum kann die Aufnahme des angeführten Frag-

64) L. 44. §. 1. D. eod. (Pompon.) Si ita legatum fuerit: *Lucius Titius heres meus Tithaso quinque aureos dare damnas esto*, deinde alio loco ita: *Publius Maevius heres meus Tithaso quinque aureos damnas esto dare*, nisi Titius ostenderit, adimendi causa a Publio Maevio legatum esse relictum, quinos aureos ab utroque accipiet. Nur der Unterschied blieb, daß im Fall der L. 53. §. 2. cit., perinde atque si duobus testamentis legatum esset, die Regel über den concursus causarum lucrativarum anwendbar ist, in dem Fall der L. 44. §. 1. cit. nach dem Inhalt der Vermächtnisse nicht (vgl. oben S. 271. fg. Anm. 27—29).

ments im Justinianischen Recht ungeachtet der Verschmelzung der Legate und Fideicommisse kein Bedenken erregen [65]).

Ein verwandter, aber eigenthümlich complicirter Fall ist es, den Scävola in L. 88. §. 7. D. de legat. II. vorlegt:

Impuberem filium heredem instituit, uxori dotem praelegavit (relegavit), item ornamenta et servos et aureos decem, et, si impubes decessisset, substituit, a quibus ita legavit: *quaecunque primis tabulis dedi, eadem omnia ab heredibus quoque heredis mei in duplum dari volo.*

Der Wittwe des Erblassers waren zunächst zur Last des Pupillen ihr Heirathsgut, einige Sachen der Erbschaft und eine Summe Geldes vermacht, den Pupillarsubstituten waren sodann die jenem auferlegten Vermächtnisse in doppeltem Betrage wiederum auferlegt. Es fragte sich zuerst: ob die Pupillarsubstituten auch die Dos verdoppelt zu geben hätten? Diese Frage wird verneint:

Quaeritur, an ex substitutione, impubere mortuo, dos quoque iterum debeatur? Respondi, non videri de dotis legato duplicando testatorem sensisse.

Der Grund ist leicht zu finden: jenes Vermächtniß des Heirathsgutes ist eigentlich nur ein Schuldvermächtniß [66]); „dos redditur magis quam legatur", wie Schulting zu dieser Stelle bemerkt; daß der

65) Unnöthige Skrupel macht sich darüber Sell a. a. O. S. 81. Anm. 1. Vgl. auch Schmidt l. c. pag. 36.

66) L. 81. §. 2. D. ad leg. Falcid. XXXV. 2. Pauli sent. IV. 1. §. 1.

Testator auch darauf die Verdoppelung bezogen habe, ist freilich nicht wahrscheinlich [67]). Sodann heißt es:

Item quaero, quum corpora legata etiam nunc ex lucrativa causa possideantur, an a substitutis peti possint? Respondi, non posse.

Daß die vermachte Geldsumme der Wittwe doppelt gebühre, wird nicht bezweifelt, wohl aber, ob sie auch die vermachten bestimmten Sachen der Erbschaft noch von den Pupillarsubstituten fordern könne, nachdem sie dieselben schon vom Pupillen erhalten hatte? Dies wird verneint, da sie diese Sachen selbst als ex causa lucrativa erworbene noch (etiam nunc) habe. Daraus ist zu schließen, daß sie allerdings noch die Vermächtnißklage haben würde, wenn sie von dem Pupillen nicht die Sachen selbst, sondern nur deren Aestimatio erhalten oder jene nicht behalten, also nicht mehr hätte zu der Zeit, da das den Substituten auferlegte Doppelvermächtniß in Wirksamkeit tritt. Dieses wurde demnach so aufgefaßt, als ob dieselben Sachen zur Last der Substituten noch einmal vermacht seien, und fand daher ebenso, als wenn duorum testamentis idem legatum esset, die Regel über den concursus causarum darauf Anwendung. Daß hierbei darauf gesehen wird, ob die Sachen noch jetzt im Eigenthum der Vermächtnißnehmerin sind, erklärt sich daraus, daß, obgleich der dies cedens des dem Pupillen und des den Substituten auferlegten Vermächtnisses in Betreff der Vererblichkeit des

67) L. 16. D. de dote praeleg. XXXIII. 34. Vgl. Cuiac. ad L. 88. §. 7. cit. (opp. VI. col. 737. sq. VII. col. 1287).„ Et testator, sagt dieser, duplari voluit legata, non aes alienum, id est, duplari quod daret, non quod deberet.“ Sell a. a. O. S. 133. Anm. 1. legt diese Bemerkung der glossa ad fr. 88. §. 7. cit. bei.

Vermächtnißrechts derselbe ist, doch bis zum Tode des Pupillen die letzten noch gleichwie bedingte Vermächtnisse in der Schwebe sind. So dient diese Stelle zugleich zum Belege der Richtigkeit dessen, was oben unter Nr. 2. dieses §. ausgeführt worden ist. Aber vorausgesetzt wird, daß der Testator ausdrücklich die Verdoppelung des Vermächtnisses angeordnet hatte; ohnedies würde nur eine Wiederholung desselben nur einmal zu entrichtenden Legates anzunehmen sein.

Andere freilich erklären unsere Stelle anders [68]). Sie nehmen an, auf die ornamenta und servi beziehe Scävola die Verdoppelung gar nicht, und verstehen die letzte Frage („item quaero") von dem Falle, wenn die Frau inzwischen die Sachen von einem Dritten ex causa lucrativa erhalten habe [69]). Darnach wäre die Frage, ob die corpora legata im Pupillartestamente abermals selbständig vermacht seien, gar nicht berührt [70]),

68) Vgl. Cuiac. l. c. Westphal I. §. 381. Sell a. a. O. S. 127. fgg. Schmidt l. c. pag. 35. sq.

69) Westphal: „wenn ein Legatar die Sache, welche er nun aus beiden Testamenten zu fordern hatte, nach der Zeit des Testamentes von Jemanden schon Schenkweis bekommen."

70) Sell (S. 130. Anm. 2.) bezieht zwar den Schlußsatz auch darauf und legt daher diesem eine doppelte Bedeutung bei, indem er darin zugleich einen Fall des eigentlichen und des uneigentlichen concursus causarum findet. Aber das ist vollends unzulässig. Bei dem letzten käme es ja gar nicht in Betracht, ob die Legatarin die vom Pupillen erhaltenen Sachen noch hat oder nicht, ja ob sie dieselben überhaupt in natura, nicht vielmehr deren Werth erhalten hat; das Legat gälte nur als eins. Er beachtet überhaupt nicht gehörig, daß Scävola einen ihm vorgelegten Rechtsfall referirt, daß nicht er fragt, sondern gefragt ist, und darauf antwortet.

sondern stillschweigend vorausgesetzt, daß von Verdoppelung dieses Legates keine Rede sein könne, dagegen aber die fremdartige Frage eingemischt, die kaum einem Zweifel unterlag, ob die Frau die (nur einmal) vermachten Sachen noch fordern könne, wenn sie dieselben bereits anderweitig ex lucrativa causa erworben hatte? Allein die Worte: „*quum* corpora legata *etiam nunc* ex lucrativa causa possideantur“ lassen erkennen, daß die dem Scävola vorgelegte Frage vielmehr diese war: „die Frau hat die Sachen schon vom Pupillen ex lucrativa causa erhalten; sie hat dieselben aus dieser lucrativa causa auch jetzt noch im Besitze; kann sie nun von den Pupillarsubstituten gleichwohl noch die Aestimatio begehren?“, wobei stillschweigend zugegeben ist, daß die Verdoppelung auf dieses Vermächtniß allerdings sich beziehe und durch das Pupillartestament die Substituten in diesem Falle an sich selbstständig verpflichtet seien, die fraglichen Sachen zu geben. War es doch auch nicht wohl zulässig, wo der Testator von *eadem omnia* gesprochen hatte, darunter nur die *decem aurei* zu verstehen. Jene Frage aber wird verneint, indem Scävola den Fall ebenso beurtheilt, wie den der L. 53. §. 2. D. de legat. I., was hier um so mehr berechtigt war, da das väterliche und das Pupillartestament auch sonst wohl als duo testamenta, obwohl eiusdem testatoris, angesehen werden [71]).

In der Regel aber ist die mehrmalige Anordnung des Vermächtnisses derselben Sache zu Gunsten desselben Legatars von Seiten desselben Testators nur als einmaliges Hinterlassen der Sache zu behandeln und dadurch kein Anlaß gegeben, die Regel über den concursus causarum

71) Vgl. Joh. Jensius stricturae ad pand. pag. 254.

lucrativarum anzuwenden [72]). Weiter aber entsteht nun noch

4) die Frage, ob diese Regel schlechthin auch dann zur Anwendung komme, wenn gegen eine und dieselbe Person aus verschiedenen lucrativen Rechtsgründen der Anspruch auf Leistung derselben individuellen Sache hervorgegangen ist?

Dies kann sich ergeben, z. B. wenn dieselbe Person von zwei verschiedenen Testatoren zum Erben eingesetzt und mit dem Vermächtniß derselben Sache zu Gunsten desselben Legatars beschwert ist, oder wenn der mit dem Vermächtniß beschwerte Erbe seinerseits durch ein Schenkungsversprechen dieselbe Sache zu geben verpflichtet ist, oder wenn der bereits durch lucratives Rechtsgeschäft, namentlich durch ein ihm auferlegtes Vermächtniß, Verpflichtete dieselbe Sache dem Gläubiger vermacht hat und nun dessen Erbe, der Vermächtnißträger, als Erbe zugleich in jene Verpflichtung seines Erblassers eingetreten ist. Einen Fall der letzten Art bespricht Julian in L. 84. §. 2. D. de legat. I.

> Si Sempronius Titium heredem instituerit et ab eo post biennium fundum dari iusserit Maevio, Titius deinde ab herede suo eundem fundum Maevio praesenti die legaverit et Maevius pretium fundi ab herede Titii receperit, si ex testamento Sempronii fundum petere velit, exceptione repelli poterit, si pretio fundi contentus non erit.

72) Ausführlich dargethan ist dies von Sell a. a. O. §. 7. 8. S. 71—117. Vgl. Richter's krit. Jahrb. a. a. O. S. 966 fg. Sintenis Civilrecht II. §. 107. unter F. 5. — Sell bezeichnet solche Fälle als uneigentlichen concursus causarum lucrativarum.

Das Eigenthümliche dieses Falles ist, daß der Erbe des Titius als solcher nach dessen Testament das Grundstück sofort, ohnedies aber schon als mittelbarer Erbe des Sempronius nach Ablauf von zwei Jahren dem Mävius zu geben verpflichtet war. Der letzte hat nun kraft jenes Vermächtnisses den Erben des Titius in Anspruch genommen, aber durch Bezahlung des Werthes sich abfinden lassen. Nach Ablauf der zwei Jahre belangt er denselben abermals aus dem Testamente des Sempronius. Dieser Anspruch soll durch Exceptio ausgeschlossen werden. Unter der naheliegenden Voraussetzung, daß Titius seiu Testament erst, nachdem er Erbe des Sempronius geworden [73]), errichtet habe, erklärt sich diese Entscheidung vollkommen daraus, daß das Vermächtniß des Sempronius in dem seines Erben Titius eigentlich mitenthalten ist; dieser hat nicht das Grundstück selbständig noch einmal vermachen wollen, sondern nur als eine Sache, die er ohnehin nach dem Testamente seines Erblassers Sempronius schuldig war, aber mit Beseitigung der dort beigefügten Befristung [74]). Allerdings sind beide Vermächtnisse an sich gültig; darum gibt Julian gegen die zweite Klage eine Exceptio; aber dem Gegenstande nach gelten sie nur als eins, und die Befriedigung des Legatars kraft des einen, sei es durch Werthzahlung oder Sachleistung, wirkt für beide [75]).

73) „Deinde, d. h. nachdem er Erbe geworden." Sell S. 105. Anm. 2.

74) Vgl. §. 14. J. de legat. II. 20. L. 19. D. de liberat. leg. XXXIV. 3. L. 19. D. de legat. I.

75) Vgl. Cuiac. ad h. l. in lib. XXXIII. Dig. Salvii Juliani (opp. VI. col. 223.). Westphal II. §. 1490. S. 1018. Schmidt l. c. pag. 40. Weniger zutreffend ist es, wenn Sell a. a. O. (vgl. S. 95. Anm. 2.) den

Die gleiche Entscheidung ist auch dann gerechtfertigt, wenn Jemand zuerst durch Schenkungsversprechen sich verpflichtet hat, die Sache zu geben und dann hinterher dem Donatar dieselbe Sache vermacht, oder umgekehrt, nachdem er zuvor die Sache vermacht hat, nachher dieselbe noch bei Lebzeiten dem Legatar durch Schenkungsversprechen zu geben sich verpflichtet, und alsdann erst der Erbe zur Erfüllung der Verpflichtung statt der Sache deren Werth gibt. Im ersten Falle ist im Zweifel anzunehmen, daß der Erblasser die Sache nur als Gegenstand der durch das Schenkungsversprechen begründeten Schuldverbindlichkeit vermachen wollte, im anderen Falle, daß er anstatt des noch unsicheren Vermächtnißanspruches dem Legatar eine sofort gesicherte Forderung auf dieselbe Sache geben wollte. In beiden Fällen kann zwar der Erbe aus dem einen oder anderen Rechtsgrunde belangt werden; wenn er aber einmal den Gläubiger, sei es auch nur durch Zahlung des Werthes, befriedigt hat, so kann dieser aus dem anderen Rechtsgrunde nichts mehr

Grund dieser Entscheidung darin findet, daß hier Titius bereits zur Zeit der Errichtung des Legats juristisch Eine Person mit seinem Erblasser Sempronius gewesen und darum sein Testament mit dem des letzten nur als Eine Disposition zu betrachten sei. Mit dieser Einheit der Person des Erblassers und des Erben ist vorsichtiger umzugehen. Arndts Pand. §. 365. Anm. 3. §. 521. Anm. 2. Vollends verfehlt aber ist es, wenn Jensius (stricturae pag. 229.) geltend macht, daß der Legatar schon nach dem Testament des Titius Eigenthümer der Sache geworden sei und darum die Sache aus dem Testament des Sempronius nicht noch einmal fordern könne. Daran kann Julian nicht gedacht haben, weil er von einem Damnationslegate spricht, und, was das Justinianische Recht betrifft, so ist ja nicht gesagt, daß das vermachte Grundstück eine Sache der Erbschaft sei.

fordern[76]). In allen diesen Fällen ist aus dem vermuthlichen Willen des Verfügenden abzuleiten, daß der fragliche unentgeltliche Vermögensvortheil nur einmal dem Bedachten zukommen soll und ist aus diesem Grunde ein eigentlicher concursus causarum lucrativarum nicht vorhanden, bleibt auch, wenn der Berechtigte zuerst nur den Werth erhalten hat, ein Anspruch auf die Sache selbst nicht bestehen.

Einen anderen Fall, in dem dieser Gesichtspunkt nicht eintrifft, legt Africanus in L. 108 §. 4. D. de legat. I. vor[77]):

> Stichum, quem de te stipulatus eram, Titius a te herede mihi legavit; si quidem non ex lucrativa causa stipulatio intercessit, utile legatum esse placebat; sin e duabus[78]), tunc magis placet inutile esse legatum, quia nec absit quidquam nec bis eadem res praestari possit.

Huschke deducirt aus dieser Stelle, daß, wenn gegen den aus lucrativem Rechtsgrunde Verpflichteten aus anderem lucrativem Rechtsgrunde eine Forderung auf Leistung derselben Sache gewährt werde, die letzte gar nicht entstehe, weil, da hier auch das Interesse, mehrere Schuldner zu haben, wegfällt, es der neuen Obligation

76) Sell a. a. O. S. 78.

77) Vgl. darüber Cuiac. ad Africanum tractat. V. (opp. I. col. 1342.). Sell S. 104. fg. Huschke in der Gießener Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. n. F. II. S. 188 fgg.

78) In Betreff dieser Worte bemerkt Huschke S. 189. „Wer hier zuerst das *duabus* setzte, hatte damit offenbar die duae lucrativae causae im Sinn, bedachte aber nicht daß *sin e duabus* nach dem Zusammenhang . . . . auf baaren Unsinn hinausläuft." Huschke emendirt daher „*sin e donationis* (sc. *causa*)".

an allem rechtlichen Interesse fehle; somit also könne hier die Sache überall nur kraft der zuerst entstandenen Obligatio gefordert werden. Dies kann in solcher Allgemeinheit jedenfalls nicht zugegeben werden. Unzweifelhaft kann Jemand demselben dieselbe Sache zu geben aus verschiedenen Gründen verpflichtet sein und darauf denn auch mit verschiedenen Klagen belangt werden [79]).

Wenn der Erblasser und der Erbe, jeder selbständig, dieselbe Sache schenkungshalber versprochen hatten, so kann nun der letzte unzweifelhaft sowohl aus seinem eigenen wie aus des Erblassers Schenkungsversprechen belangt werden. So kann auch der Legatar, der die ihm vermachte Sache nachher vom Erben noch beim Leben des Erblassers schenkungshalber stipulirt hat, nach des Letzten Tode den Erben aus dem Vermächtniß oder aus dem Schenkungsversprechen in Anspruch nehmen. Wenn aber der eingesetzte Erbe schon zu der Zeit, als ihm das Vermächtniß auferlegt wird, die vermachte Sache aus anderem Grunde schuldig war, so scheint es Africanus allerdings für ungültig zu erklären: „magis placet inutile esse legatum," und darauf stützt sich Huschke's Behauptung. Allein diese Worte sind nicht nothwendig von völliger Nichtigkeit des Legates zu verstehen: sie sagen nur aus, daß dieses dem Legatar keinen materiellen Vortheil bringe, da er ohnehin dieselbe Sache von dem Erben schon aus dem Schenkungsversprechen zu fordern habe und sie nicht zweimal ex lucrativa causa fordern könne, daß es auch keine wahre Belastung der Erbschaft enthalte, weßhalb von einer Schmälerung der Auflage ex lege Falcidia keine Rede sein kann. Dadurch ist

79) L. 159. D. de R. J. cf. L. 18. D. de O. et. A. XLIV. 7. Maians. l. c. §. 2. 3.

nicht ausgeschlossen, daß er dieselbe nun doch auch mit der Vermächtnißklage fordern könne, was für ihn von sehr praktischer Bedeutung sein kann, z. B. wenn das Schenkungsversprechen des Erben einer Anfechtung unterliegt, die das Legat nicht trifft, oder, wenn der Erbe zahlungsunfähig ist und separatio bonorum erlangt wird, und nach Justinianischem Rechte allgemein aus dem Grunde, weil mit der Vermächtnißforderung ein Pfandrecht verbunden ist, das der Forderung aus dem Schenkungsversprechen fehlt. Wäre der Erblasser selbst schon zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses dem Legatar ex stipulatu donationis causa die Sache zu geben verpflichtet gewesen, so würde jenes ein gewöhnliches Schuldvermächtniß sein; in unserem Falle liegt ein Vermächtniß dessen, was der Erbe schuldig ist, vor. So wie nun jenes, insofern es dem Legatar keinen materiellen Vortheil gewährt, zwar als inutile legatum bezeichnet wird [80]), gleichwohl aber nach Umständen erhebliche Wirkungen haben kann und jedenfalls einen neuen Verpflichtungsgrund zur Leistung derselben Sache abgibt, und die Vermächtnißklage zur Geltendmachung der Forderung begründet [81]), so ist Gleiches auch in dem anderen

80) §. 14. J. de legat. II. 20. L. 1. §. 10. D. ad leg. Falcid. XXXV. 2.

81) L. 28. pr. D. de legat. I. . . . „sicut Aristo ait, id quod honoraria actione mihi debetur, si legetur mihi, legatum valere, quia civilis mihi datur actio pro honoraria." §. 1. „Marcellus . . . . putat, rem, quam ex stipulatu mihi debes, si legaveris, utile esse legatum, uti neque Falcidia hoc minuat. — L. 11. D. de lib. leg. XXXIV. 3. . . . „Respondit, quoties debitor creditori suo legaret, ita inutile esse legatum, si nihil interesset creditoris ex testamento potius agere, quam ex pristina obligatione." War der Gegenstand des Dam-

Falle anzuerkennen. Der Legatar kann, wie es ihm zusagt, mit der Klage aus dem Vermächtniß oder aus dem Schenkungsversprechen den Erben belangen, die erste Klage aber gewährt ihm dabei den Vortheil, daß er von der ohnehin schon durch das Schenkungsversprechen begründeten Obligatio ganz absehen kann und auf deren Beweis sich nicht einzulassen braucht, da der Erbe, wenn auch diese nicht besteht, dennoch die Sache zu geben durch das Vermächtniß verpflichtet ist [82]).

Wenn wir hiernach der Ansicht Huschke's nicht beitreten können, so gibt uns doch der Ausspruch des Africanus einen Fingerzeig zur Beantwortung der oben unter Nr. 4. aufgeworfenen Frage. Wäre nämlich der Legatar im vorgelegten Falle berechtigt, nachdem er zufolge der einen Klage nicht die Sache selbst, sondern deren Werth erlangt hatte, dann noch mit der anderen Klage die Sache selbst zu fordern, so könnte überall nicht gesagt werden, inutile esse legatum [83]). Jenes

nationslegates ein Certum, so lag nach älterem Recht schon darin ein Vortheil, daß lis infitiando crescebat in duplum (vgl. oben S. 24. Anm. 54. S. 77. Anm. 58.); nach Justinianischem Recht aber gewährt in allen Fällen des Pfandrecht einen Vortheil (vgl. oben S. 61. fg. 66. fg.).

82) §. 15. J. l. c. L. 25. D. de lib. leg. XXXIV. 3. Vgl. überhaupt Arndts Pand. §. 576. Nr. 3. 4. und im Rechtslex. VI. S. 537. fg.

83) Anders jedoch erklärt dies mit Cuiac. ad h. l. Sell S. 48., dem auch Schmidt S. 41. Anm. 3. beistimmt. Er erkennt als den Gedanken des Africanus, nicht, daß schon das Zusammentreffen des Legates mit der stipulatio ex lucrativa causa das erste ungültig mache, sondern, daß dieses ungültig werde, wenn der creditor in Folge jenes Versprechens wirklich Eigenthümer der Sache ge-

kann daher als richtig nicht angenommen werden. Das ist auch durch die Natur des Verhältnisses wohl begründet. Wer denjenigen, der ihm aus verschiedenen Gründen dieselbe Sache, die nur einmal gegeben werden kann, zu geben verpflichtet ist, aus einem dieser Gründe auf Erfüllung belangt, der bringt zwar dadurch nur die Obligatio aus diesem einen Grunde in Streit und ist daher nicht gehindert, die Klage auf dieselbe Leistung aus anderem Obligationsgrunde noch anzustellen, wenn gleich er in Betreff des ersten Anspruchs schon litem contestirt hat (nach älterem Recht) oder damit durch rechtskräftiges Urtheil abgewiesen ist (nach neuerem Recht) [84]; aber, wenn er in Folge der ersten Klage an-

worden ist. Dafür spricht einigermaßen der Schlußsatz: *quia nec absit quidquam* etc.

84) L. 14. pr. §. 2. D. de except. rei iud. XLIV. 2. Darauf bezieht sich L. 18. D. de O. et A. XLIV. 7. (Julian. lib. LIV. Dig.): Si is, qui Stichum dari stipulatus fuerat, heres extiterit ei, cui ex testamento idem Stichus debebatur, si ex testamento Stichum petierit, non consumet stipulationem, et contra si ex stipulatu Stichum petierit, actionem ex testamento salvam habebit, quia initio ita constiterint hac duae obligationes, ut, altera in iudicium deducta, altera nihilominus integra remaneret. Es liegt nahe, hierbei vorauszusetzen, daß der Schuldner ex stipulatu und der Vermächtnißträger eine und dieselbe Person sei; denn außerdem hätte von Consumtio der einen Klage durch Anstellung der anderen kaum die Rede sein können, da die deductio in iudicium nur inter easdem partes wirkt. Jedenfalls aber sind die Bedenken gegen die Richtigkeit der Regel vom concursus d. c. l., die diese Stelle erregt hat, ganz ungegründet, da sie nur von der Wirkung der deductio in iudicium, nicht von der Wirkung der einmal erlangten Sachleistung spricht. Vgl. Sell S. 38. fg. und Richter's Jahrb. a. a. O. S. 965. fg.

statt des eigentlichen Schuldgegenstandes den Werth desselben erhalten hat, so ist dieser nun als Abfindung des Gläubigers zu betrachten, gleich als ob er die Sache selbst erhalten hätte; er ist rücksichtlich seines Anspruchs auf die Sache gegen diesen Schuldner befriedigt und kann daher gegen diesen nicht mehr aus anderem Obligationsgrunde die Leistung der Sache selbst in natura einklagen, was doch immer die Folge haben könnte, daß ihm nur deren Werth noch einmal zu zahlen wäre. Es wäre in der That ein wunderliches Recht, wornach die Unvorsichtigkeit, nicht zuerst die Sache selbst zu geben, oder auch die Unmöglichkeit, dies zu thun, dem Schuldner den Nachtheil brächte, daß er nun noch einmal wegen derselben Sache in Anspruch genommen werden könnte, den er vermieden haben würde, wenn er zuvor die Sache gegeben hätte. Nach dieser Auffassung aber ist nun zu behaupten, daß überhaupt in allen Fällen, wo die Forderung auf Geben derselben Sache, ob auch aus ganz verschiedenen und ursprünglich selbständigen lucrativen Obligationsgründen, gegen einen und denselben Schuldner gerichtet ist, die Regel über den concursus causarum lucrativarum nicht schlechthin Anwendung finde, vielmehr der Schuldner auch durch einmalige Werthzahlung als Surrogat der Sachleistung ganz befreit werde [85]). Allerdings ist der Ausdruck in §. 6.

85) Anderer Meinung ist darüber Sell a. a. O. S. 98. fg. S. 104. fg. Er erkennt in L. 108. §. 4. cit. einen Fall des eigentlichen c. d. c. l. und bemerkt ausdrücklich (S. 105. Anm. 1.), der Umstand, ob Eine oder mehrere Personen Debitoren sind, sei überhaupt für diesen ohne wesentliche Bedeutung; wesentlich erscheine nur die Frage, ob die mehreren lucrativen Erwerbgründe aus mehreren selbständigen Dispositionen verschiedener Personen hervorgehen oder nicht. Damit stimmen Andere mehr

J. de legat., der einzigen Stelle, welche ganz deutlich ausspricht, daß, wer ex causa lucrativa zuerst nur die Aestimatio erhalten hat, nachher noch die Sache ex alia causa lucrativa fordern könne, so allgemein, daß darunter auch der Fall, wenn der Schuldner derselbe ist, subsumirt werden kann. Aber, wenn von Anordnung desselben Vermächtnisses in zwei verschiedenen Testamenten die Rede ist, so ist doch natürlich, dabei zunächst an den Fall zu denken, daß auch die eingesetzten Erben, die mit demselben beschwert sind, verschiedene Personen seien [86]), und nirgendwo ist ausdrücklich entschieden, daß auch dann, wenn der Verpflichtete ursprünglich oder in Folge späterer Ereignisse dieselbe Person ist, gegen diese noch die Forderung auf die Sache fortdauere, nachdem sie aus einem der lucrativen Gründe schon den Werthersatz geleistet hat. Auch wird von der Gegenseite zugegeben, daß dies nicht der Fall sei, wenn in Folge besonderer Uebereinkunft die Aestimatio statt der Sache gegeben ist [87]). Es muß aber behauptet werden, daß dieses regelmäßig und im Zweifel immer als der Wille der Parteien anzunehmen sei; und auch wo der Richter zu dem Werthersatze verurtheilt, ist dies nicht anders auszulegen, als daß der Schuldner den Werth anstatt der Sache zu leisten habe [88]).

oder weniger klar überein, z. B. ausdrücklich Sintenis a. a. O. Anm. 172. Schmidt l. c. pag. 41.

86) Auch Sell a. a. O. S. 98. nennt dies den gewöhnlicheren Fall, „da meistens in verschiedenen Testamenten auch verschiedene Personen zu Erben eingesetzt werden."

87) Sell a. a. O. S. 64. Anm. 1.

88) Damit stimmt es überein, daß im Eigenthumsstreite die Zahlung der litis aestimatio similis est emtioni und zufolge derselben der Beklagte sofort das Eigenthum der

5) Als lucrative Erwerbgründe, deren Concurrenz einen Fall der Anwendung unserer Regel erzeugen kann, sind namentlich hervorzuheben Schenkung unter Lebenden oder auf den Todesfall, Vermächtniß, Erbschaft [89]), wie auch andere unentgeltliche Erwerbungen auf den Todesfall, z. B. conditionis implendae causa datum.

Viele nennen auch noch die Ersitzung [90]). Aber dies ist gegen die Natur der Sache; wer eine Sache vom Nichteigenthümer gekauft und dann ersessen hat, von dem kann man wahrlich nicht sagen, daß er sie ex lucrativa causa erworben habe; es kommt also hierbei ganz auf die Natur des Besitzerwerbungsgrundes an.

Sache erwirbt, wenn sie zugegen ist, und im anderen Falle der Richter den Kläger caviren läßt, daß er sie jenem überlassen werde, oder ihn zur Abtretung seiner Eigenthumsklage gegen den dritten Besitzer nöthigt. L. 21. 46. 47. D. de rei vind. VI. 1. Läßt sich wohl annehmen, daß die condemnatio „quanti ea res est" bei der actio in personam nicht ebenso wie bei der in rem als Surrogat der Sachleistung galt? Man darf dagegen nicht anführen, daß es sich bei der in rem actio gegen denjenigen, qui liti se obtulit oder dolo malo possidere desiit, anders verhielt. L. 7. 69. 70. D. l. c. Denn einmal handelt es sich nur um Erhaltung der dinglichen Klage gegen einen anderen, den wirklichen Besitzer der Sache, und sodann wird in L. 69. 70. cit. ausdrücklich hervorgehoben, daß darin eine Strafe des begangenen Dolus liege. Dieser Gesichtspunkt ist unzulässig, wo es sich um Geltendmachung einer Forderung aus verschiedenen lucrativen Rechtsgründen gegen denselben Schuldner handelt.

89) L. un. §. 1. Cod. de imponenda lucrativis descript. X. 35.

90) Arg. L. 82. §. 1. D. de legat. I. Schrader zu §. 6. J. h. t. Roßhirt I. S. 450. Sell S. 22. 53. Heimbach im Rechtslex. II. S. 871. Sintenis §. 107. Anm. 160.

und ist daneben die Ersitzung nicht als selbständige causa lucrativa zu nennen; so ist der Erwerb durch usucapio pro herede, pro donato, pro legato als lucrativer, der durch usucapio pro emtore als onerofer anzusehen [91]). Die Stelle aber, die man zum Beweise dafür anführt, gehört überhaupt gar nicht hieher [92]). Eben so wenig kann man die noxae deditio und die confusio ohne besondere Voraussetzung als causae lucrativae aufzählen [93]). Aber auch die erstgenannten Er-

91) Daher ist Westphal II. §. 1496. nicht den in Anm. 90. genannten Schriftstellern beizugesellen, obwohl auch er L. 82. §. 1. cit. in gleicher Weise benutzt; denn er legt die Voraussetzung hinein, daß der Besitz titulo lucrativo erworben sei.

92) Vgl. oben S. 264. Anm. 19. Schmidt l. c. pag. 19. Dieser erinnert dabei an die speziell sogenannte lucrativa usucapio des alten Rechtes (Gai. II. 154. sq.), die unzweifelhaft ein lucrativer Erwerb war. Aber es wäre ein Fehler, den Eigenthumserwerb durch Ersitzung in keinem anderen Fall als lucrativen gelten zu lassen.

93) Die erste nennt Heimbach a. a. O. arg. L. 4. §. 31. D. de doli mali except. XLIV. 4., wo in Beziehung auf die Frage, ob ex dolo auctoris exceptio zulässig sei, die noxae deditio als eine causa, quae prope lucrativam habet acquisitionem, angeführt ist. Aber daraus kann nicht gefolgert werden, daß derjenige, dem wegen erlittener Beschädigung ein Sklave oder ein Thier noxae gegeben worden ist, schlechthin als Erwerber ex lucrativa causa anzusehen sei. Die confusio nennt Roßhirt I. S. 450., „wenn sie z. B. durch Abtretung des Usufructus an einen Dritten eintritt." Aber dieses Beispiel ist schlecht gewählt, da vielmehr behauptet werden muß: ea cessione nihil agi. Arndts Pand. §. 193. Anm. 1. Treffender wäre das Beispiel, wenn der ususfructus durch capitis minutio erlischt. (L. 82. §. 2. D. de legat. I.) oder non

werbgründe, die an sich im Allgemeinen als lucrative angeführt werden, sind dies nicht immer und durchaus, sondern nur, wenn und so weit sie dem Erwerber einen reinen Gewinn bringen. So ist das Vermächtniß wie die Schenkung nicht oder doch nicht rein lucrativa causa, nicht nur, wenn der Gegenstand desselben ganz oder zum Theil wieder abgegeben werden muß [94]), sondern auch, wenn damit eine Auflage oder Bedingung verbunden ist, vermöge welcher etwas Anderes geleistet werden muß, das den Gewinn daraus ganz oder zum Theil hinwegnimmt [95]). Als nicht lucrativer Erwerb aber erscheint vorzüglich derjenige, der sich auf einen Kaufvertrag, und ebenso der sich auf einen anderen lästigen Schuldvertrag, z. B. Tausch, gründet [96]). Nicht als lucrativer Erwerb ist auch der des Mannes durch die Dos anzusehen [97]),

utendo perit. Es kommt aber dabei überall auf die Umstände an.

94) Vgl. oben Seite 264. fg.

95) L. 34. §. 8. D. de legat. I. Et multo magis hoc dicendum est, si duobus testamentis mihi eadem res legata sit, sed alter me restituere rogavit vel ipsam rem *vel aliud pro ea*, *aut si sub conditione legasset dandi quid pro ea*; nam hactenus mihi abesse res videtur, quatenus sum praestiturus. L. 108. §. 5. eod. „*Idem iuris et si pecuniam a me legaverit.*" Vgl. oben S. 264.

96) L. ult. D. quib. ex causis in poss. XLII. 4. Is, qui rem permutatam accepit, emtori similis est; item is, qui rem in solutum accepit vel qui lite aestimata retinuit, vel ex causa stipulationis non ob liberalitatem est consecutus. Vgl. Cuiac. obs. X. cap. 32. in f. Retes l. c. pag. 382. sq. Maians. l. c. §. 11.

97) L. 19. D. de O. et A. XLIV. 7. cf. L. 47. pr. D. mand. XVII. 1. L. 8. §. 13. D. quib. mod. pign. solv. XX. 6. Cuiac. obs. XXV. 25.

während die Bestellung der Dos durch einen Dritten allerdings wohl den Charakter einer Schenkung an die Frau in sich tragen und demzufolge der Gewinn, der dieser dadurch mittelbar zukommt, als ein lucrativer erscheinen kann [98]). Insbesondere endlich kann auch der Erwerb durch Accessio nicht als lucrativer betrachtet werden, insofern der Erwerber die Hauptsache, welche jenen nach sich zieht, nicht aus lucrativem Rechtsgrunde erworben hatte. Dieses wird namentlich in Beziehung auf das Kind einer Sklavin in mehreren Stellen übereinstimmend ausgesprochen und daraus gefolgert, daß das Vermächtniß des Kindes, welches eine bestimmte Sklavin gebären werde, keineswegs wirkungslos werde, wenn inzwischen der Legatar die Sklavin durch Kauf erworben und diese nun, während sie im Eigenthum desselben stand, das Kind geboren hat [99]). Unbedenklich ist dasselbe auch in Beziehung auf andere Accessionen, z. B. Thierjunge und andere Früchte, anzunehmen. Aber insofern die Accessio solcher Art ist, daß dieselbe beim Ankauf der Sache gar nicht in Aussicht genommen sein konnte, wird man wohl eine Ausnahme davon zu machen berechtigt sein, z. B. wenn Jemanden der Schatz oder ein antikes Kunstwerk, die in einem Grundstück gefunden würden, vermacht wären und jener dann inzwischen das Grundstück durch Ankauf erworben hätte [100]).

Im Allgemeinen ist also als ein schlechthin lucrativer Erwerb nur derjenige anzusehen, durch welchen die

98) Sell a. a. O. S. 31. fg. vgl. Arndts Pand. §. 395. Anm. 3.

99) L. 82. §. 4. D. de legat. I. (Julian.). L. 73. D. de legat. II. (Papinian.). L. 12. §. 18. D. de captiv. XLIX. 15. (Tryphonin.). Sell S. 33. fg.

100) Vgl. unten S. 316. fg.

Sache, wie schon oben S. 267. bemerkt worden, durchaus unentgeltlich, ohne Gegenleistung oder Belastung, dem Gläubiger zugekommen ist [1]). Wird nun in solcher Weise dem Vermächtnißnehmer die vermachte Sache erworben, so fällt jeder weitere Anspruch desselben aus dem Vermächtniß hinweg. Die Ausdrucksweise der Quellen: extingui, evanescere, perimi stipulationem, fideicommissum [2]), deuten darauf, daß der Anspruch ipso iure getilgt sei [3]). Wenn in anderen hieher gehörigen Stellen von Exceptio die Rede ist [4]), so erklärt sich dies aus der besonderen Beschaffenheit der dort angeführten Fälle. Es ist daher unrichtig, wenn Bering Erbr. S. 723. allgemein sagt: „es steht ihm eine iusta exceptio entgegen."

6) Wenn der Erwerb der vermachten Sache durch den Vermächtnißnehmer nicht ein rein lucrativer war, so bleibt das Vermächtniß, wie im gleichen Falle auch eine andere ex lucrativa causa entstandene Forderung, wirksam. Es fragt sich aber noch, wie und inwieweit bleibt es wirksam? Julian beantwortet diese Frage im Allgemeinen für den Fall des Zusammentreffens einer causa onerosa und lucrativa in L. 19. D. de O. et A. XLIV. 7. folgendermaßen:

„... quum creditor vel emtor ex lucrativa causa rem habere coeperit, nihilominus integras

1) Vgl. Donell. l. c. §. 6. Majans. l. c. §. 1. Sell S. 19. fgg. Schmidt l. c. §. 5. pag. 17. sqq. M. Voigt, über die condictiones ob causam, Leipzig 1862. S. 55. fgg.

2) Vgl. oben S. 258. 265.

3) Sell a. a. O. S. 18. fg. S. 179.

4) L. 84. §. 2. 5. D. de legat. I. Vgl. oben S. 296. fg., unten S. 327. fg.

actiones retinent, sicut ex contrario, qui non ex causa lucrativa rem habere coepit, eandem non prohibetur ex lucrativa causa petere [5]).

Demnach kann der Vermächtnißnehmer, welcher inzwischen das Eigenthum der vermachten Sache durch Kauf erworben hat, immer noch die auf Leistung der Sache lautende Vermächtnißklage anstellen. Damit stimmt überein, was in L. 82. §. 3. D. de legat. I., nachdem §. 2. in einem verwandten Falle die actio ex testamento erwähnt hat, als Meinungsäußerung des Marcellus [6]) angeführt wird:

Idem erit, et si partem redemero et pars mihi legata est aut donata; partem enim duntaxat petere debebo.

Dieser Fall ist nämlich so zu fassen: Es ist das ganze Grundstück vermacht; nachher erwirbt der Legatar das Eigenthum eines Antheils durch Kauf, den anderen Antheil durch ein zweites Vermächtniß oder durch Schenkung. Bezüglich des letzten Theils ist die Forderung aus dem ersten Vermächtniß ipso iure getilgt, und würde sich der Legatar einer pluspetitio schuldig machen, wenn er nun noch die Vermächtnißklage auf fundum dari oportere anstellen wollte; bezüglich des gekauften Theils aber dauert diese Klage fort: partem dari oportere.

Gleichwohl versteht sich nicht nur von selbst, daß

5) Sell S. 24. hat in dem Abdruck dieser Stelle statt *petere* wohl nur aus Versehen gesetzt *habere*.

6) Marcellus hat Notae zu Julian's Digesten geschrieben. Daraus ist der folgende §. 3. entnommen und in das Fragment, das die Inscription: Julian. lib. XXXIII. Dig. an der Spitze trägt, eingefügt. Vermuthlich hatten die Compilatoren ein Exemplar von Julian's Digesten mit den Noten des Marcellus zur Hand, wie es in anderen ähnlichen Fällen sich ebenso verhielt.

dem Kläger nicht mehr die Sache, die er schon hat, sondern nur etwa der Werth derselben gegeben werden kann, sondern es wird auch in einer Reihe von Stellen klar ausgesprochen, daß selbst ein Anspruch auf den Werth der Sache keineswegs überall oder regelmäßig statt habe, daß vielmehr der Anspruch nur auf den Ersatz desjenigen sich beschränke, was dem Berechtigten noch fehlt oder abgeht, damit er den ihm zugedachten Vermögensvortheil wirklich und vollständig unentgeltlich habe. Dies ist, wenn er die Sache gekauft hat, der Kaufpreis, mag derselbe dem wirklichen Werthe der Sache gleich oder geringer sein. Daher sagt Ulpian in L. 34. §. 7. D. de legat. I.

> Quodsi rem emissem mihi legatam, *usque ad pretium, quod mihi abest*, competet mihi ex testamento actio;

und in demselben Sinn §. 6. J. h. t. „ex testamento actione *pretium* consequi potest [7]). In anderen Fällen aber kann das quod abest legatario etwas Anderes sein, als der Werth oder Preis der Sache, z. B. nach L. 34 §. 8. L. 108. §. 5. D. l. c. der Betrag der Auflage, durch welche der Erwerb aus einer causa lucrativa geschmälert ist, während durch die andere die•

7) Vgl. oben S. 250. — *Pretium*, heißt es, nicht *aestimationem*, wie am Ende des §.; denn die aestimatio rei kann verschieden sein von jenem; doch kann unter aestimatio je nach dem Zusammenhange auch ein anderer Werth, jede litis aestimatio, verstanden werden, wie umgekehrt pretium auch oft den wahren Werth der Sache bezeichnet. Vgl. Cuiac. ad L. 82. D. de legat. I. (opp. VII. col. 1062.): „Verum non agam ad rem, nec ad verum rei pretium, sed ad pretium, quo rem illam emi. Satis est, me indemnem servari."

ser Erwerb ungeschmälert gewährt werden sollte [8]). Und so wird als Gegenstand der Verurtheilung in Folge der Vermächtnißklage in solchem Falle genau angegeben: *quantum mihi aberit* [9]), und im Gegensatze davon im Falle der Concurrenz rein und ungemischt lucrativer Erwerbgründe die Klage abgesprochen, si non abest quidquam [10]).

Wie ist nun dieses mit den obigen Aussprüchen zu vereinigen, nach welchen die Klage immer noch auf Sachleistung gehen sollte? Aeltere Rechtslehrer haben das Letzte größtentheils ganz in Abrede gestellt und behauptet, daß die Klage auf die Leistung der Sache selbst unmöglich und unzulässig sei, vielmehr immer nur auf Leistung desjenigen, was dem Kläger nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles noch abgehe, geklagt werden könne [11]).

8) Vgl. oben S. 264. 308. Anm. 94. 95. „Nam hactenus mihi abesse res videtur, quatenus sum praestiturus. L. 34. §. 8. cit.

9) L. 82. §. 2. D. de legat. I.

10) L. 108. §. 4. in f. D. l. c. cf. L. 61. D. de solut. XLVI. 3. Daß die letzte Stelle speziell auf den concursus duarum causarum Bezug habe, wie mit Donell. l. c. §. 2. Manche annehmen, ist wohl nicht richtig. Arndts Pand. §. 263. Anm. Vgl. übrigens überhaupt vorzüglich Retes l. c. §. 12.

11) Vgl. Retes l. c. §. 12. 13. „Unde eleganter notavit. Bartolus *in dicta* §. *quod si rem* (d. i. L. 34. §. 7. D. de legat. I.), qui ad id quod interest sive quod sibi abest, agit, non debere inchoare petitionem sive intentionem a re ipsa; id est, non debere petere rem et eius loco id quod abest: quia, cum rem habeat, si illam peteret, male ageret; sed debere petere quod sibi abest principali intentione. Quod verum est; alioquin neque id peti posset sublata obligatione pro re principali, si a petitione huius dependeret.“

Diese Ansicht hat auch vom Standpunkte des damaligen, ja selbst schon des Justinianischen Civilprocesses ihre Berechtigung; das Klagbegehren kann nur auf das gestellt werden, was dem Kläger eben jetzt noch zu leisten gebührt. Dagegen aber haben schon Donellus und vorzüglich Maiansius unter Bezugnahme auf die oben angeführten Stellen mit Nachdruck geltend gemacht, daß die Klage auf die Sache selbst gehe, die Vermächtnißklage wie die actio ex stipulatu auf dari rem oportere, dann aber der Richter die Verurtheilung des Beklagten auf das quod abest actori zu beschränken habe [12]). Und diese Ansicht müssen wir vom Standpunkte des zur Zeit der classischen Juristen geltenden Formularprocesses nach unserer genaueren Kenntniß desselben vollends als wohlbegründet erkennen. Die Intentio der Klage war die gewöhnliche der actio ex testamento, aber dem Judex war gestattet, nach freierer Auslegung der Formel: quanti eam rem paret esse, vielleicht auch nach einer Modification derselben in der Condemnation von der objectiven Schätzung des Sachwerthes abzuweichen [13]). Obwohl der Ansicht huldigend, Jemanden zu geben was er schon hat sei unmöglich, mochte man doch an jener Fassung der Intentio festhalten; geschah es doch ohne Zweifel auch in dem Falle, wenn die zu gebende Sache durch Verschulden des Verpflichteten zu Grund gegangen war, und doch war in

12) Vgl. oben S. 256. Anm. 11. 12. Vgl. auch Cuiac. ad L. 19. D. de O. et A. XLIV. 7. (opp. VI. col. 432. VIII. col. 346.), und ad L. 82. D. de legat. I. (opp. VI. col. 219. sq., VII. col. 1060. sq.), der jedoch in den Ausdrücken wechselt.

13) Schmidt l. c. pag. 8. sqq. vgl. oben S. 254. Anm. 8. fg.

diesem Falle das Geben vollends unmöglich [14]). So wird auch ausdrücklich in dem Fall, wenn dem Gläubiger die Sache, die er fordern kann, schon gegeben ist, aber noch etwas zu dessen voller Befriedigung oder Sicherstellung mangelt, entschieden ausgesprochen, daß er noch die Klage auf die Sachleistung anstellen könne [15]). Die Intentio bezeichnete hier eigentlich nur den Klagegrund, nicht die Leistung, mit welcher der Kläger sich zufrieden geben mußte, nicht das Klagbegehren oder Petitum im Sinne des heutigen Proceßrechts. Nach diesem möchte die Klagschrift beispielsweise in folgender Art zu fassen sein:

„A wäre nach dem Testament des N verpflichtet, mir das Grundstück X zu geben. Nun habe ich zwar ohnehin schon das Eigenthum dieses Grundstücks erworben; allein ich habe dafür den Preis von 1000 fl. bezahlt, der den wirklichen Werth desselben nicht übersteigt. Ich bitte daher, den A zu verurtheilen, daß er mir diesen Preis ersetze."

Uebrigens war es nicht ohne praktische Bedeutung,

14) L. 23. D. de V. O. XLV. 1.

15) L. 27. D. de solut. XLVI. 3. (Ulp. lib. XXVIII. ad edictum): Etiam circa stipulationem et ex testamento actionem, si res tradita fuerit, quae debebatur, quamdiu aliquid iuri rei deest, adhuc tamen ipsa res petenda est; utputa possum fundum petere, licet mihi traditus sit, si ius quoddam cautionis supererit. Vgl. L. 72. §. 5. eod. L. 131. §. 1 D. de V. O. XLV. 1. Man könnte bei der ersten Stelle denken, daß Ulpian die Tradition einer res mancipi, also einen Fall, wo das volle Eigenthum dem Empfänger noch nicht erworben war, vor Augen gehabt habe. Aber die beiden anderen Stellen weisen auf Nachleistungen hin, die auch nach mancipirter Sache vorkommen konnten.

daß in der Intentio immer noch die Sache als der eigentliche Gegenstand der Obligatio figurirte. Dadurch war eine Schranke gesetzt, nämlich der wirkliche Werth, die Aestimatio der Sache, die der Richter in der Condemnatio nicht überschreiten durfte. Möglich war es ja, daß der Legatar einen zu hohen Preis für die Sache gezahlt hatte oder daß diese jetzt zur Zeit der Vermächtnißklage in Folge zufälliger Verschlechterung oder Preisminderung nicht mehr so hoch zu schätzen war als zur Zeit des Kaufabschlusses. Alsdann konnte der Legatar jedenfalls nicht einen höheren Betrag verlangen, als er bekommen haben würde, wenn ihm nicht schon vorher die Sache erworben wäre, d. i. den gegenwärtigen Werth der Sache, also nicht den ganzen höheren Preis, den der Kläger für dieselbe gezahlt hatte.

7) Nach diesen allgemeinen Bemerkungen sind nun noch einige Stellen besonders zu berücksichtigen, welche die Anwendung der Regel in besonderen Fällen besprechen.

a) In L. 73. D. de legat. II. bespricht Papinian den Fall, wenn das künftige Kind einer Sklavin vermacht ist [16], und urtheilt darüber folgendermaßen:

> Si quod ex Pamphila nascetur, legatum mihi fuerit et ego Pamphilam emam eaque apud me sit enixa, ratione summa responsum est, non ex causa lucrativa partum intelligi meum factum, ***ideoque petendum ex testamento, tamquam istum emissem:***

Der Legatar hat das Kind der gekauften Sklavin nicht ex lucrativa causa erworben; daher kann er noch die actio ex testamento mit der Intentio ***dari par-***

16) Vgl. oben S. 309. Anm. 99.

tum oportere anstellen, so wie wenn er nicht die Mutter, sondern das Kind für sich gekauft hätte. So sind im Sinne Papinian's die Worte: *ideoque petendum* etc. zu verstehen. Der vorhergehende Accusativ *partum* gehört eben so zu *petendum* wie zu *factum*, und es ist nicht zu billigen, daß nach *factum* ein schärfer trennendes Kolon gesetzt wird; die Worte *petendum ex testamento* dürfen nicht unmittelbar, als ob darin der Gegenstand des *petere* angegeben wäre, mit dem folgenden Satze in Verbindung gedacht werden:

ut scilicet pretii contributione facta consequar tantum, quanti puerum deducta matris aestimatione constitisse mihi iudex in causa legati datus aestimaverit.

Das eingefügte *scilicet* beweist, daß dieser Satz nicht den Accusativ zu *petendum* vertritt, sondern zu construiren ist: *partum* . . . *petendum* . . ., *ut scilicet* etc. Das folgende bestimmt dann den Inhalt der Leistung, zu welcher der Richter den Beklagten zu verurtheilen hat. Es ist der Werth des Kindes für sich und der Werth der Mutter ohne das Kind zu ermitteln und darnach zu berechnen, welche Quote des Kaufpreises der Mutter auf das Kind fällt; zu deren Ersatz hat der Richter den Beklagten dem Legatar zu verurtheilen [17]), jedoch — setzen wir hinzu — nur so weit,

17) In anderem weniger genauen Ausdruck sagt dasselbe Tryphoninus in L. 12. §. 18. D. de captiv. XLIX. 15.: „officio arbitrioque iudicis aestimandum, constituto pretio partus, perinde atque si, quanto mater est emta, simul et partus veniisset,“ d. h. als ob für den Preis der Mutter zugleich die Mutter und das Kind gekauft seien, also ein Theil jenes Preises auf jene, ein Theil auf dieses falle. Ungegründet übrigens ist es, hier-

als sie den wirklichen Werth des Kindes nicht überschreitet.

b) Einen anderen vielbesprochenen Fall berührt Julian in L. 82. §. 2. D. de legat. I.:

Fundus mihi legatus est, proprietatem eius fundi redemi detracto usufructu, postea venditor capite minutus est et ususfructus ad me pertinere coepit: si ex testamento egero, iudex tanti litem aestimare debebit, quantum mihi aberit.

Darauf bezieht sich auch §. 9. J. de legat. II. 20.

Si cui fundus alienus legatus fuerit et emerit proprietatem detracto usufructu et ususfructus ad eum pervenerit, et postea ex testamento agat, ***recte eum agere et fundum petere*** Julianus ait [18]), ***quia ususfructus in petitione servitutis locum obti-***

bei als erheblich vorauszusetzen, daß die Sklavin schon zur Zeit des Ankaufs schwanger gewesen sei, weil dann das Kind gleichsam als Theil der Mutter mitgekauft sei, dagegen es als rein lucrativen Erwerb anzusehen, wenn die Sklavin erst beim Käufer empfangen habe. So mit der Glosse Cuiac. in lib. XXIII. quaest. Pap. ad L. 73. cit. (IV. col. 617. sq.) und ad L. 82. §. 4. D. de legat. I. (opp. VI. col. 220. VII. col. 1062.), u. a. Der Bauer, der eine Milchkuh sucht, bezahlt die trächtige Kuh höher als eine andere, aber auch die nicht trächtige, die erst zwei Kälber hatte, höher, als die schon zehn gehabt hat oder von der gar keins mehr zu erwarten ist. In dem Preise der Kuh bezahlt er immer zugleich die Hoffnung auf die Kälber, die sie ihm bringen wird. Daher kann keineswegs behauptet werden, daß er das Kalb von der gekauften Kuh umsonst erworben habe, als wenn es ihm geschenkt wäre.

18) Ob das Folgende auch dem Julian in den Mund gelegt sein soll, kann bezweifelt werden. Schrader ad h. l.

net., sed officio iudicis contineri, ut deducto usufructu iubeat aestimationem praestari.

Aus der letzten Stelle geht vorerst klar hervor, daß Julian dem Legatar, obgleich derselbe das Eigenthum der vermachten Sache schon erworben hat, noch die Forderungsklage auf die Sache („*fundum petere*“) beilegte mit der Intentio „*fundum* dari oportere,“ und in diesem Sinn ist daher auch in L. 82. §. 2. cit. das agere ex testamento zu verstehen. Julian war aber der Meinung, daß für den Legatar, der nur die nuda proprietas gekauft hatte, in der durch die capitis minutio des Verkäufers herbeigeführten Consolidation ein lucrativer Erwerb des Nutzungsrechtes liege oder doch liegen könne und derselbe demzufolge das volle Eigenthum jetzt zum Theil ex causa lucrativa habe. Darum gibt er als Gegenstand der Leistung, zu welcher in diesem Falle der Vermächtnißträger in Folge der actio ex testamento zu verurtheilen sei, nicht einfach den Kaufpreis an, das pretium, quod actori abest, sondern unbestimmter: quantum ei aberit, was nach der besonderen Beschaffenheit des einzelnen Falles der Richter eruiren mag. Worin dieses bestehe, ist nicht ganz einfach zu bestimmen. Die nuda proprietas hatte überall nur Werth durch die Aussicht auf die künftige Wiedervereinigung des Ususfruktus mit derselben; ohne diese Aussicht wird Niemand etwas dafür geben. Wenn nun z. B. der Usufructuar erst in hohem Alter stirbt, so wird man nicht sagen, dadurch erwerbe der Käufer der nuda proprietas unentgeltlich den Ususfruktus; den Preis dafür hat er in dem Preise der Proprietät bezahlt, und mit Recht wird er Ersatz dieses ganzen Preises begehren, der natürlich geringer ist, als der des vollen Eigenthums, das ihm durch das Ver-

mächtniß unentgeltlich zugewendet werden sollte. Ist dagegen der Usufruktus unerwartet schon bald nach dem Ankauf der Proprietät durch capitis minutio oder etwa auch durch verfrühten Tod des Verkäufers, der ihn vorbehalten, beendigt [19]), während der Preis für jene mit Rücksicht auf eine muthmaßlich längere Dauer desselben bemessen war, so kann man allerdings sagen, der Käufer gewinne unentgeltlich vor der Zeit das Nutzungsrecht, indem auf diese Zeit von dem Preise der Proprietät nichts oder doch nur ein kleiner Bruchtheil anzurechnen sei. Es würde also gegen die Regel vom concursus causarum lucrativarum verstoßen, wenn er als Legatar den Werth des vollen Eigenthums des vermachten Grundstücks begehren wollte, da er das Nutzungsrecht ohnehin schon ganz oder größtentheils ex lucrativa causa hat. Aber er kann ja ohnehin nicht den Werth des Grundstücks, sondern nur das pretium, quod ei abest, verlangen, und der für die Proprietät gezahlte Preis, so scheint es, ist ihm jedenfalls ganz zu erstatten, denn darin ist doch jedenfalls der Preis für den erst in späterer Zeit eintretenden Rückfall des Usufructus enthalten, und der Vermächtnißträger wäre schuldig, das Grundstück für alle Zeit befreit vom Nießbrauch zu verschaffen. Allein insofern schon vor der Fälligkeit des Vermächtnisses der Legatar ohne Entgelt die freie Nutzung des Grundstücks gewonnen hat, mindert sich um den Werth dieser Nutzung der Betrag des Opfers, gegen welches er ohne das Vermächtniß schon das ihm durch dieses unentgeltlich zugedachte volle Ei-

19) So nimmt den Fall des §. 9. J. l. c. Theophilus: *μικροῦ παραδραμόντος χρόνου ἐτελεύτησεν ὁ Τίτιος, καὶ τῇ αὐτοῦ τελευτῇ ἀποσβεσθεὶς ὁ οὐσούφρουκτος . . . . ἐνέδραμεν ἐπὶ τὴν προπριεταρίαν.*

genthum erlangt hat; man kann nicht sagen, daß ihm der ganze für die Proprietät gezahlte Kaufpreis fehle; quod ei abest ist geringer als dieser. Z. B. der Legatar erkaufte die nuda proprietas des Grundstücks, das 1000 fl. werth war, für den Preis von 500 fl., mit Rücksicht darauf, daß der dem Verkäufer vorbehaltene Nießbrauch muthmaßlich noch 20 Jahre dauern möge; der Verkäufer aber erleidet unerwartet schon bald nachher capitis minutio; das Vermächtniß wird erst 10 Jahre später fällig: so lange hat der Legatar schon vor der actio ex testamento den freien Fruchtgenuß gehabt. Schätzt man nun den Werth dieses vorzeitigen Fruchtgenusses auf 250 fl., so hat ihn der Erwerb des vollen Eigenthums zur Zeit (abgesehen von etwaigem Zinsenverlust) nur 500—250 = 250 fl. gekostet, und nur so viel hat ihm der Vermächtnißträger zu ersetzen als id quod ei abest, damit er jetzt das volle Eigenthum wirklich unentgeltlich habe.

So, glauben wir, ist der Ausspruch Julian's in L. 82. §. 2. cit. auszulegen. Schwieriger ist §. 9. J. l. c., der ohne Zweifel auf jene Stelle Bezug nimmt, aber noch Einiges eingemischt hat, anscheinend als Julianische Aeußerung, was entweder in dem Excerpt der Digesten von den Compilatoren ausgelassen oder anderswoher genommen ist. Vorerst wird hier das „recte agere et fundum petere“ noch besonders gerechtfertigt gegen das Bedenken, daß der Legatar den Usufructus doch lucrativo modo erworben habe, durch die Bemerkung: „quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet“. Da in anderer Beziehung der Usufructus als portio dominii behandelt wird [20]), möchte man

20) Vgl. oben Seite S. 129. fg. 178.

denken, es sei auch hier schon in der Intentio die Forderung auf den fundus deducto usufructu zu beschränken, sowie nach L. 82. §. 3. D. l. c. die Klage direkt auf einen Theil zu stellen war, wenn der Legatar den anderen Theil des Eigenthums rein lucrativ erworben hatte. Diesem Bedenken wird begegnet mit dem Bemerken, daß hier, in petitione, der Ususfructus nur als Servitut in Betracht komme, ungeachtet welcher immerhin noch geklagt werden könne: *fundum* dari oportere, sowie man richtig sagt: fundum totum nostrum esse etiam quum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars sed servitutis sit [21]). Aber der Richter soll in der litis aestimatio darauf Rücksicht nehmen, daß der Kläger zu der erkauften nuda proprietas den Ususfruktus ex lucrativa causa hinzugewonnen hat. Dies drückt §. 9. J. l. c. aus mit den Worten: ut deducto usufructu iubeat aestimationem praestari. Unmöglich kann dies ausgelegt werden, es gebühre dem Kläger der jetzige Werth des Grundstücks mit Abrechnung des Nutzungsrechts überhaupt, d. i. so viel als Nichts. Der Ususfructus ist immer concret in Hinsicht auf einen bestimmten Usufructuar zu denken, mit dessen Tode er jedenfalls erlöschen würde. Es darf aber auch nicht verstanden werden: dem Kläger gebühre der jetzige Werth des Grundstücks, nach Abzug des Werthes, den der Ususfructus des X (im Fall der L. 82. §. 2. cit. des Verkäufers) haben würde, wenn er noch bestände; denn auf jenen hat der Legatar überhaupt keinen Anspruch, außer soweit als er einen Preis dafür gezahlt hat, dieser aber kann ihm nur soweit angerechnet werden, als er durch die vorzeitige Erlöschung des Ususfructus wirklich einen Gewinn ohne Entgelt ge-

21) L. 25. D. de V. S. L. 16.

macht hat. Nur in dem Sinn also kann vernünftiger Weise der Satz der Institutionen verstanden werden, daß bei der Berechnung des quantum abest legatario, in der litis aestimatio, von dem für die nuda proprietas gezahlten Kaufpreise der Vortheil des unentgeltlich ihm zugefallenen Fruchtgenusses in Abzug gebracht werde. Es ergibt sich daraus, daß der von Julian in L. 82. §. 2. gebrauchte Ausdruck „quantum mihi aberit“, der alles in die umsichtige Würdigung der concreten Verhältnisse stellt, treffender ist, als der scheinbar genauere dem Mißverständniß ausgesetzte Ausdruck in den Institutionen.

Solches Mißverständniß ist denn auch nicht ausgeblieben. Schon der Mitarbeiter und Paraphrast der Institutionen, Theophilus, hat sich dessen schuldig gemacht. Er läßt zuerst den Julian sagen: der Legatar klage richtig auf den Werth des Grundstücks [22]), aber officio iudicis sei ihm dieser Werth nur deducto usufructu zuzuerkennen, und erklärt dieses alsdann durch folgendes Beispiel: Gesetzt, das Grundstück sei werth 150 ohne den Nießbrauch aber nur 100; nun klage der Legatar auf 150; aber officio iudicis erlange derselbe nur die Schätzung der nuda proprietas, also 100 [23]).

22) *ὁ Ιουλιανός φησι, καλῶς ἀπαιτεῖν με διὰ τῆς περσοναλίας ἀγωγῆς τὴν τῆς προπριεταρίας τοῦ ἀγροῦ διατίμησιν.* Den Worten nach könnte man dies von dem Werthe der nuda proprietas verstehen, den er nachher ebenso bezeichnet, nur mit dem Beisatz *μόνης*; aber nach dem ganzen Zusammenhang muß er sich hier darunter den Gesammtwerth des vollen Eigenthums gedacht haben.

23) *Τὸ ὀφφίκιον τοῦ δικαστοῦ παρασκευάζει, ἵνα λάβω τῆς προπριεταρίας μόνης τὴν διατίμησιν, τουτέστι ρ̗ νομίσματα.*

Darin ist nun vorerst verfehlt, daß Theophilus die actio ex testamento auf den Schätzungswerth des Grundstücks gerichtet sein läßt, während die Institutionen nach Julian sagen „recte *fundum* petere". Das ist leicht begreiflich, weil dem Theophilus nach dem Proceßrechte seiner Zeit das Verständniß für Julian's genaue Unterscheidung zwischen der Intentio und der Condemnatio nach dem Formularproceß abging. Aber seine Entscheidung ist auch materiell unrichtig, weil sie nur auf den gegenwärtigen Werth des vollen Eigenthums, beziehungsweise der nuda proprietas (wobei der Ususfructus, der dem Verkäufer Titius vorbehalten war, als noch fortdauernd gedacht werden müßte), Rücksicht nimmt, gar nicht auf den Preis, für welchen seiner Zeit der Legatar von diesem die nuda proprietas erkauft hatte. Gesetzt z. B., derselbe hätte diese vor 10 Jahren, als der Werth des Grundstücks noch geringer war und der Rückfall des Nießbrauchs noch in weiter entfernter Aussicht stand, um 50 gekauft; nun ist der Werth des Grundstücks im Ganzen auf 150 gestiegen, der Werth des Nießbrauchs von jetzt an aber wäre nur mehr auf 30 anzuschlagen, weil die Endigung desselben durch den Tod des Usufructuars nun schon bald zu erwarten wäre; der Werth der nuda proprietas betrüge demnach jetzt 120; warum sollte nun der Legatar diese 120 begehren können, da er doch mit einem Opfer von nur 50 jetzt das volle Eigenthum und vielleicht zudem schon vorher in der Zwischenzeit durch den Fruchtgenuß einen Gewinn gemacht hat, der jenes Opfer noch mehr herabsetzt?

Spätere Commentatoren stimmen zum Theil mit Theophilus überein [24]). Andere rügen dessen Widerspruch

24) Bachov ad §. 5. (6) J. de legat. Reitz ad Theophil. l. c.

mit dem Text der Institutionen und behaupten die Zulässigkeit der Klage auf die Sache selbst, in dem Sinne, daß darin keine Zuvielforderung liege, und nur der Richter die Leistung des Beklagten durch Abrechnung des Werthes des Nießbrauches zu ermäßigen habe [25]). Dagegen tadelt Ant. Faber die Verfasser der Institutionen, daß sie dem Julian etwas untergeschoben hätten, was er nicht gesagt habe; das fundum petere sei unmöglich, da die Sache schon im Eigenthum des Klägers sei, und den Werth könne dieser auch nicht fordern; Julian gebe nur eine actio ex testamento generalis, die weder auf die Sache noch auf den Werth derselben gerichtet sei, sondern nur auf das quantum aberit [26]). Meistentheils aber wird darin gefehlt, daß als Gegenstand der Klage oder der Leistung, wozu der Beklagte zu verurtheilen sei, der Werth (die aestimatio) des Grundstücks mit Abzug der Aestimatio des Usufructus, oder schlechthin die Aestimatio der nuda proprietas angegeben wird, ohne genau erkennen zu lassen, ob darunter der jetzige Werth des Grundstücks, beziehungsweise des Usufructus und der Proprietät zu verstehen sei, oder der Preis, für welchen der Legatar die nuda

25) Janus a Costa, Vinnius ad J. l. c. Vinnius rechtfertigt dies durch die Bemerkung, daß die petitio *fundi* zu Gunsten des Klägers, damit ihm keine pluspetitio zur Last falle, als petitio nudae proprietatis auszulegen sei. Vgl. auch Westphal II. §. 1498. fg. Schrader ad J. l. c. Maians. l. c. §. 8. Huber praelect. ad tit. Inst. II. 20. §. 7; der letzte faßt auch die Erklärung des Theophilus ebenso auf.

26) Ant. Fabri coniecturar. lib. VI. cap. 8. Gegen ihn vertheidigen die Institutionen, nicht treffend van de Water Obs. lib. III. cap. 10. Lyklama Membran. V. 2. Vgl. Westphal II. §. 1498.

proprietas gekauft hatte, und ohne sich auf eine nähere Erklärung darüber einzulassen, wie denn und mit Rücksicht auf welche Zeit der Werth des Ususfructus zu ermitteln sei und worin das quantum abest legatario eigentlich bestehe. Allerdings, Cuiacius [27]) beantwortet die Frage: quid consequar actione ex testamento? „Agam tantum ad pretium proprietatis nudae," und darunter muß er nach dem Vorhergehenden das „pretium quo illam emi" verstehen [28]). Eben so bestimmt sagt Bachov a. a. O.: obwohl summo iure competat petitio aestimationis fundi totius, so müsse doch der Richter die Verurtheilung des Beklagten dahin richten, daß dem Kläger, sicut detracto usufructu fundum emit, ita et aestimatio fundi detracto usufructu praestetur, et in summa ut tantum consequatur legatarius, quantum venditori pretii loco pro proprietate nuda dedit. Auch Westphal a. a. O. sagt zuerst §. 1498 zu §. 9. J. cit.: der Nießbrauch, da er geschenkweise erlangt, müsse abgerechnet werden, und dann zu L. 82. §. 2. cit. in §. 1499.: der Richter müsse nur soviel an Werth zuerkennen, als dem Legatar die Sache kostet; und so mögen es auch Andere gemeint haben, die nur von der Leistung der Aestimatio detracto usufructu sprechen. Aber es ist doch nicht wahrscheinlich, daß jenen sehr einfachen Satz: der Ver-

27) ad L. 82. cit. (opp. VII. col. 1062.); vgl. oben S. 312. Anm. 7. S. 318. Anm. 17.

28) Uebereinstimmend damit sagt er zu derselben Stelle in dem comment. in lib. XXXIII. Dig. Juliani (opp. VI. col. 220.) „Quamobrem ex testamento . . . petam tantum mihi dari oportere pretium proprietatis nudae, quod mihi abest . . ., non etiam usumfructum, pro quo nihil expendi, et non etiam ususfructus pretium, pro quo nihil expendi."

mächtnißträger müsse dem Vermächtnißnehmer den für die nuda proprietas gezahlten Kaufpreis ersetzen, der Verfasser der Institutionenstelle auf so umständliche und verfängliche Weise ausdrücken wollte, und dabei ist nicht berücksichtigt, daß der Käufer der nuda proprietas in dem Preise für diese immer doch zugleich mehr oder weniger einen Preis für den künftig wieder anfallenden Nießbrauch zahlt. Die richtigen Gesichtspunkte hat Schmidt a. a. O. S. 20. Anm. 4. vgl. mit S. 10. Anm. 1—3 angedeutet, aber auch er hat die Sache nicht genauer erwogen, insbesondere nicht bedacht, daß der Legatar durch die frühzeitige Erlöschung des Nießbrauchs noch einen besonderen Gewinn machen kann, für den er kein Opfer gebracht hat, wie daraus hervorgeht, daß nach seiner Meinung für die Auslegung von L. 82. §. 2 D. und §. 9. J. cit. sich dasselbe Resultat ergebe, wie nach der gewöhnlichen Erklärung.

c) L. 84. §. 5. D. de legat. I., ebenfalls aus Juliani lib. XXXIII. Dig. entlehnt, setzt den Fall, daß Jemand den ihm vermachten Sklaven vom Erben, unkundig des Vermächtnisses, gekauft habe, und entscheidet zunächst:

> Qui servum testamento sibi legatum, ignorans eum sibi legatum, ab herede emit, si cognito legato ex testamento egerit et servum acceperit, actione ex vendito absolvi debet, quia hoc iudicium bonae fidei est et continet in se doli mali exceptionem.

Kraft des Vermächtnisses hat er Anspruch auf unentgeltliche Ueberlassung der Sache; nun hat er zwar den Kauf gültig abgeschlossen, da ihm die Sache noch nicht gehörte; aber wollte jetzt der Erbe den Kaufpreis

begehren, so wäre dieses als der bona fides widerstreitend abzuweisen.

Quod si pretio soluto ex testamento agere instituerit, hominem consequi debebit, actione ex emto pretium recuperabit, quemadmodum recuperaret, si homo evictus fuisset.

Der Käufer hat den Preis gezahlt, aber den Sklaven noch nicht erhalten. Nun steht es ihm frei, entweder aus dem Kaufe oder aus dem Vermächtniß auf Ueberlieferung des Sklaven zu klagen. Wählt er das letzte und erlangt dadurch den Sklaven, so steht ihm immer noch die Klage aus dem Kaufe zu, mit der üblichen Intentio: quidquid dare facere oportet ex bona fide; aber die Sache, die er schon hat, kann er dadurch nicht noch einmal erlangen, wohl aber Rückzahlung des Kaufpreises, als wäre ihm die Sache vom Verkäufer überliefert, dann aber evincirt worden; auf mehr als den Kaufpreis hat er nicht Anspruch, weil sein Interesse nur darin besteht, daß er die Sache kraft des Vermächtnisses unentgeltlich habe.

Quod si iudicio ex emto actum fuerit et tunc actor compererit, legatum sibi hominem esse, et agat ex testamento, non aliter absolvi heredem oportebit, quam si pretium restituerit et hominem actoris fecerit.

Die Klage aus dem Kaufe ist durch die Anstellung consumirt; durch sie kann daher der Legatar auch nicht mehr Rückerstattung des gezahlten Preises erwirken. Aber aus dem Damnationslegat ist der Erbe verpflichtet, ihm die Sache unentgeltlich zu verschaffen. Daher kann er nun ex testamento klagen: hominem sibi dari oportere; aber der Richter kann dem Beklagten auflegen, dem Legatar nicht nur das Eigenthum des Skla-

ven zu geben, sondern auch den Preis zurückzuerstatten, und soll ihn nur, wenn beides geschehen, absolviren. Dies Letzte beweist, daß der Fall in ähnlicher Weise behandelt wurde, wie es bei den arbitrariae actiones die Regel war, zu welchen sonst die actio ex testamento nicht gezählt wird, und vielleicht wurde auch die Formula hier nach dem Muster derselben concipirt: *si paret servum dare oportere, nisi N. N. hominem actoris fecerit pretiumque solutum restituerit, quanti ea res est, condemna.*

Den Fall, wenn der Käufer die Sache kraft des Vermächtnisses erhalten, den Kaufpreis aber noch nicht bezahlt hat, berührt diese Stelle nicht. Es ist aber kein Zweifel, daß er dann die Klage aus dem Kauf nicht mehr mit Erfolg anstellen konnte, weil er alles hatte, was ihm gebührte. Uebrigens ist in dem Falle der L. 84. §. 5. cit. der Verkäufer und der Erbe eine Person. Aber wesentlich dieselben Folgen werden eintreten, wenn der Vermächtnißnehmer mit einem anderen als dem Vermächtnißträger den Kauf abgeschlossen hat [29]). Die angeführte Stelle Julian's gibt aber noch zu der Frage Anlaß, inwiefern hierbei die Bekanntschaft des Käufers mit dem Vermächtniß von Einfluß sei. Sie setzt ausdrücklich voraus, daß der Legatar, als er die Sache kaufte, keine Kenntniß von dem Vermächtniß gehabt habe, läßt also schließen, daß im anderen Falle nicht dasselbe gelte. Dieses argumentum a contrario könnte man etwa abwehren durch die Bemerkung, Julian könne jene Voraussetzung nur deßhalb gemacht haben, weil es nicht leicht vorkommen wird, daß Je-

29) L. 13. §. 15. D. de act. emti. XIX. 1. L. 108. §. 6. in f. D. de legat. I. §. 6. J. de legat. II. 20. Schmidt l. c. pag. 11. sqq.

mand wissentlich die ihm vermachte Sache vom Vermächtnißträger kaufe. Aber wenn es denn doch geschieht, so ist man wohl berechtigt, darin eine stillschweigende Ablehnung des Vermächtnisses zu erkennen und aus diesem Grunde die Rückforderung des gezahlten Preises zu versagen [30]). Das kann jedoch nicht angenommen werden, wenn der Bedachte schon bei Lebzeit des Erblassers, also ante diem legati cedentem, die Sache gekauft hat, obgleich wissend, daß ihm dieselbe vermacht ist. Das Vermächtniß ist hier noch ganz unsicher und unentschieden und die Ablehnung desselben sogar, ante quam dies legati *venit*, unwirksam [31]). Dasselbe aber müßte dann auch für den Fall gelten, wenn die Sache unter einer Bedingung vermacht ist, und erst nach dem Tode des Erblassers, aber vor Erfüllung der Bedingung der Kauf abgeschlossen wurde. Gleichwohl sagt Julian in L. 29. D. de act. emti. XIX. 1.:

> Cui res sub conditione legata erat, is eam *imprudens* ab herede emit; actione ex emto poterit consequi emtor pretium, quia non ex causa legati rem habet;

er scheint also auch hier die Rückforderung des Preises auszuschließen, wenn der Käufer von dem bedingten Vermächtniß Kunde hatte, und so haben denn auch Manche behauptet, daß in diesem Fall überhaupt jener Anspruch nicht statthabe [32]). Die angeführte Stelle hat

30) Retes l. c. §. 16. Maians. l. c. §. 13. Unpassend drückt sich Schmidt S. 11. Anm. 2. aus, indem er sagt: Qui sciens rem sibi legatam ab herede emit, in mala fide est et dolum committit (quamvis non dolum malum), et donare videtur."

31) L. 45. §. 1. D. de legat. II.

32) Ant. Fabri Cod. Fabrianus VI. 27. def. XV. not. 8.

aber ohnehin Bedenken erregt, auch insofern sie dem Nichtwissenden die actio ex emto beilegt. Der dafür angegebene Grund scheint durchaus nicht zutreffend. Der ursprünglich gültig abgeschlossene Kaufvertrag war durch beiderseitige Erfüllung abgethan; auch ist dem Käufer die Sache nicht evincirt; wie soll nun der Umstand, daß er dieselbe nicht ex causa legati, sondern ex causa emtionis hat, die actio ex emto begründen. Dieser Umstand würde vielmehr die actio ex testamento rechtfertigen, um das Legat, das er noch nicht hat, dadurch wirklich zu erlangen, daß ihm das pretium, quod ei abest, ersetzt wird [33]). Eine gezwungene und an sich unbefriedigende Erklärung ist es, den Satz so zu deuten, es könne durch die actio ex emto der Preis zurückgefordert werden, weil ohne dies der Legatar die Sache nicht als vermachte, wie er sollte, unentgeltlich haben würde [34]). Daher hat man vorgeschlagen, statt *ex emto* zu lesen *ex testamento* [35]), und diese Textänderung ist in der That, wenn man ein Damnationslegat voraussetzt, ganz befriedigend. Andere haben dagegen

Coniect. V. cap. 14. Joh. a Sande decis. Frisicae IV. 4. def. 12., welcher jedoch anführt, daß die oberstrichterliche Entscheidung der gegentheiligen communis opinio folge; vgl. Schulting ad h. l. Derselben Meinung scheint auch Cuiacius zu sein, ad lib. IV. Juliani ex Minicio Natali (opp. VI. col. 465).

33) Maians. l. c. §. 12. pag. 127., der jedoch diese Gründe nur für den Fall, si prudens rem emit, geltend macht. Vgl. auch Retes l. c. §. 15.

34) So faßt es Glück auf in diesem Commentar Bd. 17. S. 221. „weil er sonst die Sache nicht als ein Legat hätte.“

35) So Fr. Mommsen Beitr. I. S. 260. fg. Anm. 24. mit Bezugnahme auf L. 34. §. 7. D. de legat I.

vorgeschlagen, anstatt *quia non* zu lesen *quia nunc* [36]) oder *quando* [37]). Die Stelle hätte dann, unter Voraussetzung eines Vindicationslegates, folgenden Sinn: Nach der Sabinianischen Ansicht, der Julian huldigte, wird durch die Erfüllung der Bedingung eines Vindicationslegates dem Legatar ipso iure das Eigenthum erworben, mit der Wirkung, daß die inzwischen vom Erben vorgenommene Veräußerung rescindirt wird und der Legatar demnach unmittelbar kraft des Legates das Eigenthum hat, nicht ex causa emtionis, also ex emto den Preis fordern kann, ähnlich so, als wenn ihm ein Dritter die Sache evincirt, dann aber als Eigenthümer schenkungsweise gegeben hätte [38]). Diese Er-

36) Faber coniectur. l. c. vgl. Glück a. a. O. Anm. 27. D. Gothofred. nota ad L. 29. cit.

37) So Th. Mommsen in seiner Ausgabe der Digesten zu L. 29. cit not. 4.

38) In ähnlicher Weise erklären auch Retes, Maiansius u. a. die Stelle, ohne die Textänderung Faber's für nothwendig zu halten. Aber sie geben ihr eine falsche Wendung. Sie gehen nämlich von der Ansicht aus, daß durch die Erfüllung der Bedingung nicht nur die Veräußerung des Erben, sondern auch das Kaufgeschäft resolvirt werde; der Legatar, sagen sie, sei conditione existente so anzusehen, als sei er schon zur Zeit des Kaufes Eigenthümer gewesen, dieser sei nun als emtio suae rei nichtig; daß aber dennoch ex emto auf Rückerstattung des Preises geklagt werden könne, erkläre sich daraus, daß überhaupt zur Verfolgung der aus der Rescission eines Contracts sich ergebenden Ansprüche die Contractsklage zugelassen sei. Dies ist unrichtig. Nach der recipirten Sabinianischen Ansicht ist pendente conditione legati der Erbe wirklich Eigenthümer; der Legatar wird existente conditione nicht rückwärts Eigenthümer, aber er wird ipso iure Eigenthümer, ohne Rücksicht auf eine

klärung ist aber nur zulässig, wenn ein Vindicationslegat vorausgesetzt wird, durch welches allein ein rückwärts wirkender Eigenthumserwerb herbeigeführt wird, und aus welchem als solchem keine persönliche actio ex testamento entstand, wodurch der Anspruch auf das pretium quod aberat geltend gemacht werden konnte. Bei dem Damnationslegat und so noch im Justinianischen Rechte bei jedem Vermächtniß einer Sache des Erben oder eines Dritten verhielt es sich anders; es entstand erst durch die Erfüllung der Bedingung eine Obligatio des Erben, auf Geben derselben Sache, die er vorher unwiderruflich und unanfechtbar dem Legatar verkauft hatte, und wenn er nun aus dem letzten Grunde die Sache dem Legatar zu Eigenthum gegeben hat, so konnte nur mit der Klage aus dem Vermächtniß noch Ersatz oder Remission des Preises erlangt werden [39]).

Welchen Einfluß könnte nun hier das Wissen von dem Vermächtniß haben? Im ersten Falle könnte man

inzwischen vom Erben vorgenommene Veräußerung, da der Erbe nur rescissibles Eigenthum übertragen konnte; das Veräußerungsgeschäft, z. B. der Kaufvertrag, wird nicht rescindirt. Vgl. Arndts im Rechtslexikon VI. S. 324. fg. u. Pand. §. 560. Anm. 2., ferner diesen Comment. unten §. 1525. 1528. War nun die Sache an den Legatar selbst verkauft und übergeben, so hat er existente conditione das Eigenthum sofort ipso iure ex causa legati, eben so als wäre sie einem Dritten verkauft, dem er sie nun evinciren könnte, und wie der Dritte in diesem Falle ex emto klagen könnte, quia res ei evicta est, so kann der Legatar, der natürlich nicht von sich selbst evinciren kann, doch klagen, quasi ei res evicta esset, weil er nicht mehr ex causa emtionis rem habet.

39) So erkennt auch Retes l. c. an.

sagen, wer wissentlich die ihm bedingt vermachte Sache vom Erben kaufte, der kann, wenn ihm nachher das Eigenthum ex causa legati erworben wird, doch nicht ex emto den Preis zurückfordern, weil er diesen Erwerb als möglich voraussehen mußte, sowie derjenige, welcher eine Sache mit Kenntniß der Gefahr künftiger Eviction kaufte, nicht, wenn diese wirklich erfolgt, Evictionsleistung fordern kann [40]). Im zweiten Falle könnte man etwa sagen: Wer in Kenntniß des bedingten Vermächtnisses die Sache von dem onerirten Erben kauft, der will, um die Sache sicher zu haben, sich als Käufer, den Erben als Verkäufer unbedingt verpflichten und die unbedingte Forderung aus dem Kaufvertrag gegen die unsichere Hoffnung, kraft des Vermächtnisses die Sache fordern zu können, eintauschen; wenn nun, nachdem er die Sache als gekaufte erhalten hat, das Vermächtniß durch Erfüllung der Bedingung wirksam wird, so könne die actio ex testamento auf Rückerstattung des Preises durch doli exceptio ausgeschlossen werden. Allein dieses wäre nur dann begründet, wenn der Kauf als ein aleatorisches Geschäft eingegangen wäre [41]), mit Festsetzung eines geringeren Preises in Rücksicht darauf, daß der Verkäufer vielleicht die Sache unentgeltlich zu verschaffen genöthigt sein werde. Im Zweifel läßt sich das nicht annehmen, und wenn z. B. der Kaufpreis nach dem wahren Werthe der Sache bemessen war, so stände dem Käufer nichts im Wege, nun noch seine Vermächtnißforderung geltend zu machen, und durch dieselbe Rück-

40) L. 27. Cod. de evict. VIII. 45.

41) So deutet Fr. Mommsen an: „nach früherem Recht mochte man in diesem Fall es so ansehen, als ob eine alea Gegenstand des Kaufs gewesen sei;" er bezieht dies aber speciell auf den Fall eines Vindicationslegats.

erstattung des Kaufpreises zu erlangen. Da nun nach Justinianischem Recht in jedem Falle dem Vermächtnißnehmer auch eine personalis actio ex testamento zusteht, so muß für dieses als Regel behauptet werden, daß die Kenntniß desselben, wenn er ante diem legati cedentem die Sache vom Erben gekauft hat, die Wirksamkeit des Vermächtnisses nicht ausschließe. Noch entschiedener aber ist dies zu behaupten, wenn er die Sache nicht von dem onerirten Erben, sondern von einem Dritten gekauft und erhalten hat, und zwar in diesem Falle auch dann, wenn der Kauf erst post diem legati cedentem abgeschlossen ist, indem darin auch nicht eine Ablehnung des Vermächtnisses erkannt werden kann; es kann jedoch in keinem Fall Ersatz des ganzen Kaufpreises gefordert werden, insofern dieser den wahren Werth der Sache unbillig überschreitet [42]).

Mit den bisher erklärten Stellen ist schließlich noch zu verbinden

d) L. 45. pr. D. de legat. I. (Pompon. lib. VI. ad Sab.):

Si a substituto pupilli ancillas tibi legassem, easque tu a pupillo emisses, et, antequam scires tibi legatas esse, alienaveris, utile legatum esse Neratius et Aristo et Ofilius probant.

42) Im Resultat übereinstimmend damit sind Retes a. a. O. §. 14—16. Maiansius §. 12. 13. Aus anderem Grunde nimmt Fr. Mommsen a. a. O. Anm. 24. an, daß nach Justinianischem Recht auf das Wort imprudens in L. 29. cit. kein Gewicht zu legen sei. Er leitet dies aus L. 3. §. 4. Cod. commun. de legat. VI. 43. ab, wodurch bestimmt ist, daß der Dritte, welcher kundig des Vermächtnisses die vermachte Sache der Erbschaft kauft, existente conditione den Preis zurückfordern könne, aber nicht, wie der Unwissende, das ganze Interesse.

Sie setzt den Fall, daß dem Pupillarsubstituten ein Vermächtniß von Sklavinnen auferlegt sei, die zur Erbschaft des Vaters gehörten, daß sodann der Legatar diese vom Pupillen erkauft, aber, bevor er von dem Legat Kunde hatte, wieder veräußert habe, und alsdann der Substitutionsfall eintrete: das Vermächtniß soll nun wirksam sein. Das dem Pupillarsubstituten auferlegte Legat wird, wenn der Substitutionsfall eintritt, wie ein in dem väterlichen Testament zur Last der väterlichen Erbschaft angeordnetes Legat wirksam; es ist kein im eigentlichen Sinn bedingtes Legat, ebensowenig, wie das einem Vulgarsubstituten auferlegte Legat; von beiden gilt die Regel, daß morte testatoris dies legati cedit [43]); aber es versteht sich von selbst, daß es nicht wirksam wird, wenn der Substitut, dem es auferlegt ist, nicht Erbe wird, und insofern ist es verwandt dem bedingten Legat, von dem in L. 29. cit. die Rede war. In L. 45. cit. ist es nun auffallend, daß das Legat nur für wirksam erklärt wird, wenn der Legatar die vom Pupillen erkaufte Sache wieder veräußert hat, und zwar bevor er wußte, daß ihm die Sache zur Last des Pupillarsubstituten vermacht sei. Es scheint doch kein Grund vorzuliegen, warum er nicht auch in diesem Falle, wenn er die Sache noch hat, kraft des Legats von dem Substituten wenigstens den Ersatz des Kaufpreises verlangen könne, für welchen er die Sache von dem nicht belasteten Pupillen erworben hatte. Die Glosse erklärt darum jene beiden thatsächlichen Voraussetzungen des

43) L. 10. §. 5. in f. L. 79. D. ad leg. Falcid. XXXV. 2. L. 1. 7. §. 4. 5, D. quando dies legat. ced. XXXVI. 2. Vgl. Vangerow Pand. II. §. 521. Anm. 2. Fein in diesem Comment. Bd. 44. S. 311. fg. Anm. 17.

Falles der L. 45. cit. einfach für unerheblich [44]). Dagegen bemerken Andere, die Stelle berühre nicht die Frage nach der Wirksamkeit des Legats überhaupt, sondern nur die Art und Weise derselben, indem der Legatar, wenn er die Sache noch hat, nicht diese, sondern nur den Preis derselben, wenn er sie aber wieder veräußert hat, die Sache selbst fordern könne [45]); der Umstand aber, daß der Legatar zur Zeit der Veräußerung von dem Legat Kenntniß hatte, bewirke, daß alsdann derselbe jedenfalls nur den Ersatz des früher von ihm bezahlten Preises, nicht, wie in Folge des gültigen Vermächtnisses einer fremden Sache, die Sache selbst oder deren wahren Werth begehren könne, weil jene Veräußerung eine unredliche sei, die den Substituten als Vermächtnißträger nicht mehr beschweren könne. Westphal (I. §. 289.) hingegen will den Worten: *antequam sciret* etc. keinen besonderen Nachdruck beilegen, sondern findet darin nur eine Hinweisung auf die Zeit, da der Pupill noch lebte, indem es ebenso anzusehen sei, als wenn der Legatar die vermachte Sache bei Lebzeiten des Erblassers erworben und wieder ver-

44) Zu den Worten *et antequam* bemerkt sie nach Azo: „maxime; nam sive sciat sive nesciat, sive alienet sive non, tenet: quia desinit esse suus ex causa emptionis et incipit esse ex causa legati," mit Bezugnahme auf L. 84. §. 5. D. eod. L. 4. D. ad leg. Falcid. XXXV. 2., wozu Accursius noch §. 6. J. h. t. hinzufügt.

45) Cuiac. ad h. l. (opp. VII. col. 1034.), Retes l. c. §. 18. Maians. l. c. §. 12. Retes S. 383. drückt dies mit den Worten des spanischen Glossators Laurentius Sanctos de San Pedro aus: „in ead. l. 45. quaestio textus non est, *an* legatum consistat, sed *in quo* consistat; an in ipsis corporibus ancillarum, an in pretio, quod pro illis abest legatario?"

äußert hätte. Allerdings nun kann von dem Falle, wenn der Legatar unwissend von dem nicht beschwerten Pupillen die Sache erkauft und behalten hat, unmöglich etwas anderes gelten, als nach L. 84. §. 5. D. eod., wenn er unwissend von dem beschwerten Erben selbst die Sache erkauft hat. Aber auch, wenn er wissentlich zur Zeit, als der Bestand des Vermächtnisses noch ganz ungewiß war, d. i. vor Eintritt des Substitutionsfalles, die Sache vom Pupillen kaufte und behielt oder wieder veräußerte, kann dies die Wirksamkeit des Vermächtnisses nicht ausschließen. Wenn er aber erst, nachdem schon dasselbe durch den Tod des Pupillen entschieden war, die Veräußerung der bis dahin noch in seinem Vermögen verbliebenen Sache vorgenommen hat, so kann dadurch die Vermächtnißverbindlichkeit des Substituten ohne Zweifel nicht zu dessen Nachtheil verändert werden.

Jedenfalls kann hiernach die L. 45. cit. keine Einwendung begründen, weder gegen die oben S. 278. fgg. ausgeführte Ansicht, daß der Erwerb des Vermächtnißgegenstandes bei Lebzeiten des Erblassers, wenn derselbe vor dessen Tod wieder veräußert worden ist, die Wirksamkeit des Vermächtnisses nicht beeinträchtige, noch gegen das, was oben S. 277. fg. über den Fall, wenn der Erwerb erst nach dem Tode des Erblassers ante diem legati cedentem stattgefunden hat, vorgetragen ist.

8) Die Regel des römischen Rechts, welche zu vorstehender ausführlichen Erörterung Anlaß gegeben, hat in Beziehung auf Vermächtnisse auch in neueren Gesetzgebungen in kurzem Ausdruck Anerkennung gefunden [46]). Das preußische Landrecht sagt in Theil I. Tit. 12.:

46) Vgl. Gruchot Erbr. II. S. 14. fg. Von älteren Partikularrechten vgl. Bayer. Landrecht III. 7. §. 8. Landgerichts-

§. 379. „Hat der Legatarius die ihm als fremd vermachte Sache durch einen lästigen Vertrag, vor oder nach dem Tode des Erblassers, bereits an sich gebracht, so muß der Erbe ihm das vergüten, was er selbst dafür gegeben hat."

§. 380. „Hat aber der Legatarius durch einen wohlthätigen Vertrag oder sonst unentgeltlich das Eigenthum der Sache erworben, so bleibt das Vermächtniß ohne Wirkung."

Das Gesetzbuch hebt mit Recht hervor, daß es keinen Unterschied mache, ob der Erwerb vor oder nach dem Tode des Erblassers gemacht wurde, und es unterscheidet auch nicht, ob er in Kenntniß des Vermächtnisses gemacht wurde oder nicht [47]). Der Ausdruck aber in §. 380: „so bleibt das Vermächniß ohne Wirkung" könnte zu der Meinung Anlaß geben, daß in Folge des schon vor dem Tode des Erblassers gemachten unentgeltlichen Erwerbes das Vermächtniß selbst erlösche und auch dann, wenn der Legatar die Sache noch vor dem Tode des Erblassers wieder veräu... hat, ohne Wirkung bleibe [48]). Allein aus §. 382. läßt sich entnehmen, daß dies nicht der Willensmeinung des Gesetzgebers entspreche, indem dort in Beziehung auf den in §. 381. berührten Fall, wenn die Sache schon zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses dem Legatar gehörte, gesagt wird: „Uebrigens kommt es in diesem Falle nicht darauf an, ob der Legatarius bei dem Ableben des Testators die vermachte Sache noch wirklich besitzt, oder ob er sie in der Zwischenzeit veräußert hat." Ar-

ordnung des Stifts Würzburg u. Herzogth. Franken III. 63. §. 6.

47) Vgl. oben Seite 329. fgg.

48) Vgl. oben Seite 281. fgg.

gumento a contrario läßt sich daraus schließen, daß in dem Fall des vorhergehenden §. 380. darauf allerdings etwas ankomme.

Das sächsische Gesetzbuch dagegen §. 2462. betont ausdrücklich den Umstand, daß dem Bedachten zur Zeit des Todes des Erblassers die Sache gehöre, sagt aber nichts darüber, was Rechtens sei, wenn derselbe die Sache erst nach dem Tode des Erblassers anderweitig auf unentgeltliche Weise erwirbt, bevor der Erbe seine Vermächtnißverbindlichkeit erfüllt. Es bestimmt nämlich:

> „Gehört der Gegenstand dem Bedachten nicht zur Zeit der Anordnung des Vermächtnisses, wohl aber zur Zeit des Todes des Erblassers, so ist das Vermächtniß gültig; der Bedachte kann, wenn er den Gegenstand von einer anderen Person, als von dem Erblasser, gegen eine Gegenleistung erworben hat, den Aufwand für die Erwerbung, jedoch wenn solcher den Werth der Sache übersteigt, nur diesen, fordern."

Jene Auslassung ist um so weniger zu loben, da das Gesetzbuch sonst keine Bestimmung über Erlöschung von Verbindlichkeiten durch sog. concursus causarum lucrativarum enthält, aus den Vorschriften über Erlöschung derselben durch Unmöglichkeit der Erfüllung aber schwerlich angemessene Rechtsätze darüber abzuleiten sind. Lobenswerth dagegen ist die Beschränkung am Schluß, daß niemals mehr, als der Werth der Sache beträgt, dem Vermächtnißnehmer zukomme [49]). Mit dem sächsischen Gesetzbuch stimmt der hessische Entwurf III. Art. 139 materiell ganz überein. Wesentlich abweichend aber bestimmt das österreichische bürgerliche Gesetzbuch §. 661:

49) Vgl. oben Seite. 315. fg.

„Das Vermächtniß ist ohne Wirkung, wenn das vermachte Stück schon zur Zeit der letzten Anordnung ein Eigenthum des Legatars war. Hat er es später an sich gebracht, so wird ihm der ordentliche Werth bezahlt. Wenn er es aber von dem Erblasser selbst, und zwar unentgeltlich erhalten hat, so ist das Vermächtniß für aufgehoben zu halten."

Darnach läßt sich für den Fall, wenn der Legatar die vermachte Sache von einem Dritten erhalten hat, nicht behaupten, daß ein Unterschied zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb zu machen sei, und hat der Legatar in jedem Falle Anspruch auf Erstattung des ordentlichen Werthes der Sache. Dadurch ist die Frage im Vergleich mit dem römischen Recht sehr vereinfacht. Auch ist der Tadel, welchen Unger im Erbr. §. 67. Anm. 15. dagegen ausspricht, wohl nicht hinreichend begründet. Daß die dem römischen Recht zum Grunde liegende Auffassung des Vermächtnißwillens ohne Zweifel als die richtigere anzusehen sei, ist kaum zu behaupten. Wenn der Erblasser seinem Erben auferlegt hat, Jemanden eine bestimmte Sache zu geben, so darf im Zweifel füglich angenommen werden, es sei sein Wille, daß diesem die Sache aus der Erbschaft oder auf Kosten derselben, eben als ein Vermächtniß von ihm, zukommen solle, und keineswegs sei er der Meinung, daß sein Erbe den Vortheil davon haben solle, wenn zufälliger Weise noch ein Anderer demselben Freunde die gleiche Liberalität erweise und dieser wiederum zufälliger Weise durch die letzte zuerst die fragliche Sache selbst erhalte. Begründeter ist der Tadel gegen den letzten Satz des §. 661., wornach, wenn der Legatar die vermachte Sache vom Erblasser

selbst auf entgeltliche Weise erhalten hat, das Vermächtniß nicht als aufgehoben zu betrachten ist [50]). Was aber endlich den Fall betrifft, wenn der Legatar die vermachte Sache bei Lebzeiten des Erblassers von dem Erben selbst erhalten hat, so ist in dem Gesetze kein Grund ersichtlich für die Behauptung (Unger a. a. O.), daß alsdann der Legatar nicht mehr vom Erben als solchem den ordentlichen Werth erlangen könne, es sei denn, daß der Erbe diesem in Rücksicht auf das ihm bekannte Vermächtniß die Sache unentgeltlich überlassen und so anticipando seine Vermächtnißverbindlichkeit erfüllt hatte. Entscheidend scheint auch hier der Gesichtspunkt, daß der Erblasser dem Vermächtnißnehmer die Sache seinerseits als eine Gabe auf den Todesfall, also mittelbar aus der Erbschaft, unentgeltlich zuwenden wollte. Wenn nun der Erbe ohne Rücksicht darauf schon bei Lebzeiten des Erblassers von sich aus als eigene Gabe dem Legatar die Sache unentgeltlich zugewendet hat, so ist das eine abgethane Sache für sich, und steht dem Vermächtnißnehmer nichts im Wege, nun noch vom Erben als solchem kraft des Vermächtnisses, wenn er die Sache noch hat, nach §. 661. den ordentlichen Werth, wenn er sie nicht mehr hat, die Sache selbst oder eventuell deren Werth zu fordern. Unger tadelt es, daß der §. 661. vor den §. 662., worin vom Vermächtniß einer fremden Sache die Rede ist, gestellt sei, da in dem Falle des §. 661. ursprünglich in der Regel ein Vermächtniß einer fremden Sache

50) Unger a. a. O. Anm. 16. „Durch diese im Westgaliz. Gesetzb. noch fehlende Anordnung des §. 661. ist eine Ausnahme sehr zweifelhaften Werthes von der Ademtionsvorschrift des §. 724. gemacht, an welcher nach gem. Recht auch in diesem Fall mit vollem Grund festzuhalten ist.“ Vgl. oben Seite 287.

vorhanden sein werde. Aber eben wegen jener Stellung des §. 661. ist man noch weniger berechtigt, denselben nicht auch auf das Vermächtniß einer Sache des Erben anzuwenden, zumal da das Vermächtniß einer fremden Sache in §. 662., obwohl mit Unrecht, als etwas absonderliches hingestellt ist.

§. 1520.

Der Vermächtnißgeber.

Ein Vermächtniß zu geben ist nur derjenige fähig, welcher gültig einen Erben ernennen kann. Bei dem Legatum des älteren Rechts verstand sich dieses von selbst aus dem Grunde, weil ein solches nur dem testamentarisch eingesetzten Erben auferlegt werden konnte [51]). Aber auch ein Fideicommiß zu hinterlassen wurde schon zur Zeit der classischen Juristen nur derjenige für fähig gehalten, welcher ein gültiges Testament errichten konnte [52]). So war auch die Fähigkeit, einen gültigen Codicill zu errichten, stets bedingt durch die Fähigkeit zur Testamentserrichtung [53]). Wem aber diese Fähigkeit zustehe oder fehle, das ist schon an früherem Orte dieses Commentars ausführlich entwickelt worden [54]), und ebenso auch insbesondere, wer demnach eine gültige codicillarische

51) Vgl. oben S. 13. Anm. 26. 27.

52) L. 2. D. de legat. I. (Ulp. lib. LXVII. ad edictum). L. 1. §. 2—4. D. de legat. III. (Ulp. lib. I. fideicommiss). Vgl. L. 114. pr. D. de legat. I.

53) L. 6. §. 3. L. 8. §. 2. D. de iure cod. XXIX. 7. (Marcian. lib. VII. institut. und Paul. libro sing. de iure codicillorum).

54) Vgl. Bd. 33. §. 1404. S. 347—420.

Verfügung, welche eben auch die Anordnung eines Vermächtnisses zum Inhalt haben kann, errichten könne [55]). Es genügt hier, darauf Bezug zu nehmen. In der Beziehung war allerdings ein Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen, daß die Wirksamkeit der letzten durch den Mangel der Testamentsfähigkeit des Erblassers zur Zeit der Anordnung derselben nicht schlechthin ausgeschlossen war; wenn nur der Erblasser zur Zeit seines Todes testamensfähig war, und noch bei derselben Willensmeinung beharrte, so war das Fideicommiß wirksam [56]), es sei denn, daß es nur als Theil oder Anhang des ungültigen Testaments errichtet war [57]). Allein dies war nur eine Folgerung daraus, daß ein Fideicommiß ganz formlos angeordnet werden konnte; denn darnach war es, jene Beharrung des Willens vorausgesetzt, nunmehr als später gültig, weil von einem testamentsfähigen Erblasser, errichtetes Fideicommiß anzusehen; und darum kann dasselbe nach Justinianischem Rechte nur noch insoweit gelten, als auch nach diesem noch ein Vermächtniß ohne Beobachtung einer besonderen Form der Willenserklärung wirksam hinterlassen werden kann [58]).

Das Vermächtniß ist seinem Wesen nach eine Vermögenszuwendung auf den Todesfall durch den Willen des Erblassers; in diesem Willen hat es seinen Ursprung, in ihm muß es seinem Ursprung haben; außer-

55) Vgl. Bd. 44. §. 1510. S. 30. fgg.

56) L. 1. §. 1. 5. D. de legat. III.

57) L. 3. §. 2. D. de iure cod. XXIX. 7.

58) Auch dieser Punkt ist vollständig und richtig schon von Fein in Bd. 44. des Commentars S. 41. fgg. ausgeführt worden.

dem würde der Erblasser nicht mehr der wahre Urheber des Vermächtnisses, nicht der Vermächtnißgeber sein. Darum

1) ist kein wirksames Vermächtniß dasjenige, das schlechthin in den Willen des Vermächtnißträgers, das Legat z. B., das in den Willen des eingesetzten Erben gestellt ist. Legatum, so spricht Ulpian in L. 43. §. 2. D. de legat. I. diesen Gedanken aus, in heredis voluntate poni non potest. So ist kein gültiges Vermächtniß vorhanden, wenn schlechthin dem Erben anheimgestellt ist, was er einer bestimmten Person, oder welcher Person er einen bestimmten Gegenstand als Vermächtniß zuwenden wolle: im ersten Fall nicht, weil nicht der Gegenstand, der geleistet werden soll, im anderen Fall nicht, weil nicht die Person, welcher geleistet werden soll, durch den Willen des Erblassers bestimmt ist. Sagte dieser: heres cui volet decem dato, so kann Niemand behaupten, ihm sei der Erbe zehn zu geben verpflichtet; und wenn dann dieser doch irgend Jemandem zehn gibt, so geschieht das eben lediglich aus seinem, des Erben, nicht aus des Erblassers Willen. So auch ist es kein gültiges Vermächtniß, das der Erblasser bedingungsweise unmittelbar von dem Willen des Erben abhängig macht. So wie ein Versprechen unter der Bedingung „wenn der Versprechende wolle," ungültig ist [59]), so konnte auch das Vermächtniß nicht

59) L. 8. D. de O. et A. XLIV. 7. Sub hac conditione: *si volam*, nulla fit obligatio; pro non dicto enim est, quod dare nisi velis cogi non possis. L. 46. §. 3. D. de V. O. XLV. 1. Illam autem stipulationem: *si volueris dari?* inutilem esse constat. Denn: L. 108. §. 1. eod. Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit.

gültig sein, welches lautete: heres si voluerit Titio decem dare damnas esto [60]), und nicht für wirksamer konnte ein Vindikationslegat unter gleicher Bedingung gelten, z. B.: si heres volet, Titio Stichum servum do lego. Zwar hätte man diesem etwa die Bedeutung beilegen können, daß, wenn nur der Erbe seinen einverständlichen Willen einmal erklärt habe und dadurch die Bedingung des Legates erfüllt sei, nunmehr der Legatar ipso iure das Eigenthum des vermachten Sklaven auf Grund des Vermächtnisses, also doch durch den Willen des Erblassers unmittelbar aus dessen Vermögen erwerbe. Aber dann hätte man auch eben so bei jenem gleicher Weise bedingten Damnationslegat oder Versprechen konsequent behaupten müssen, es habe die Wirkung, daß durch Erfüllung jener Bedingung, also in Folge der formlosen zustimmenden Willenserklärung der Erbe oder Promittent sofort verpflichtet werde, ohne daß es noch einer Stipulation bedürfte, und doch werden jene schlechthin für unwirksam erklärt [61]). Allein:

60) L. 11. §. 7. D. de legat. III. „Quamquam autem fideicommissum ita relictum non debeatur: *si volueris* etc. L. 7. §. 1. D. de reb. dub. XXXIV. 5.

61) In L. 8. D. de O. et A. macht freilich Pomponius noch einen Zusatz, der so gedeutet werden könnte, als ob er nicht alle Wirksamkeit jenem Versprechen absprechen wolle. Nam, sagt er, nec heres eius promissoris, qui nunquam dare voluerit, tenetur, quia haec conditio in ipsum promissorem nunquam extitit. Man möchte daraus schließen, er halte den Erben doch dann für verpflichtet, wenn der Erblasser nachträglich irgendwie den Willen zu geben erklärt hätte. Aber er erklärt ja vorher die Zusage pro non dicto, und in L. 46. §. 3. cit. sagt Paulus schlechthin: inutilem esse stipulationem; und so erklären auch die Basiliken (LII. 1. cap. 8.) die L. 8. cit.

a) wenn der Erblasser das Vermächtniß nicht dem reinen Belieben des Erben, sondern dessen billigem Ermessen anheimgestellt hat, nicht das arbitrium als reine Willkür, sondern als arbitrium boni viri über Existenz oder Inhalt des Vermächtnisses entscheiden soll, so ist das Vermächtniß allerdings wirksam. So sagt Ulpian in L. 75. pr. D. de legat. I.

> Si sic legatum vel fideicommissum sit relictum: *si aestimaverit heres*, *si comprobaverit*, *si iustum putaverit*, et legatum et fideicommissum debebitur, quoniam quasi viro potius bono ei commissum est, non in meram voluntatem heredis collatum;

und in L. 11. §. 7. D. de legat. III.

> Quamquam autem fideicommissum ita relictum non debeatur „*si volueris*," tamen si ita adscriptum fuerit: *si fueris arbitratus*, *si putaveris*, *si aestimaveris*, *si utile tibi fuerit visum* vel *videbitur*, debebitur; non enim plenum arbitrium voluntatis heredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum [62]).

einfach dahin, daß weder der Promittent noch dessen Erbe verpflichtet werde.

62) In ähnlicher Weise drückt sich derselbe Ulpian bezüglich der Wirksamkeit einer fideicommissarischen Freilassung aus in L. 46. §. 3. D. de fideicomm. libertat. XL. 5. Quodsi ita scriptum sit, *si heres voluerit*, non valebit, sed ita demum, si totum in voluntate heredis fecerit, *si ei libuerit*. Ceterum si arbitrium illi quasi viro bono dedit, non dubitabimus, quin libertas debeatur. Nam et etc. Vgl. diesen Commentar Bd. 33. S. 471. fg. — Savigny im System des heut. R. R. III. S. 132. Anm. k. bemerkt, man habe solche Ausdrücke, wie sie in den angeführten Stellen vorkommen, nur als nichtssagende

Eben so ist es auch unbedenklich als gültig anzusehen, wenn die Bestimmung des Gegenstandes des Vermächtnisses dem billigen Ermessen des Erben quasi boni viri überlassen ist, z. B. wenn der Erblasser verordnete: „Meinen Dienstboten wolle mein Erbe bei deren Entlassung eine billige Belohnung für ihre lange und treue Dienstleistung zukommen lassen."

b) Zulässig ist es, die Zeit der Entrichtung des Vermächtnisses in die Willkür des Vermächtnißträgers zu stellen [63]). Wenn in solchem Fall der letzte bis zu seinem Tode nicht die Zeit der Entrichtung bestimmt hat, so tritt nunmehr der Anfall des Vermächtnisses ein und hat dessen Erbe dasselbe zu entrichten.

L. 11. §. 6. D. de legat. III. (Ulp. lib. II. fideicomm.):

Hoc autem legatum „*quum voluerit*" tractum habet, quamdiu vivat is, a quo fideicommissum relictum est; verum si, antequam dederit, decesserit, heres eius praestat.

Er stellt sich also das Vermächtniß als auf die Todeszeit des Vermächtnißträgers verschoben dar, sofern dieser nicht eine frühere Zeit bestimmt.

Höflichkeit gegen den Erben ausgelegt und so das Legat aufrecht erhalten. Aber jene Stellen, indem sie solche Ausdrücke auf das arbitrium boni viri deuten, berechtigen nicht, diese als nichtssagend ganz außer Acht zu lassen, sondern lassen noch der Möglichkeit Raum, aus Gründen, welche das arbitrium boni viri als genügend anerkennen muß, das Vermächtniß vorzuenthalten. Vangerow, Pand. II. §. 432. Anm. 2.

63) In Beziehung auf fideicommissarische Freilassung drückt dies Ulpian in L. 46. §. 4. D. l. c. aus: Quamquam autem in heredis arbitrium conferri, *an* debeatur, non possit, *quando* tamen debeatur, conferri potest.

L. 41. §. 13. D. eod. (Scaevola lib XII. Dig.):
Scaevola respondit: quum heres scriptus rogatus esset *quum volet* alii restituere hereditatem, interim non est compellendus ad fideicommissum. Claudius: post mortem enim utique creditur datum.

Diesen Zeitpunkt aber oder doch dessen Festsetzung durch den Vermächtnißträger muß der Bedachte erleben, und da dies ungewiß ist, so liegt in jener Nebenbestimmung eine Bedingung des Vermächtnisses. Daher fährt Ulpian in L. 11. §. 6. cit. fort:

Sed et si fideicommissarius, antequam heres constituat, decesserit, ad heredem suum nihil transtulisse videtur; conditionale enim esse legatum, nemini dubium est, et pendente conditione legati videri decessisse fideicommissarium [64]).

c) Zulässig ist es auch, daß dem Vermächtnißträger überlassen werde, welcher von mehreren genannten Personen er das Vermächtniß zuwenden wolle; z. B. ut, quum moreretur, uni ex coheredibus, cui ipse vellet, restitueret eam partem hereditatis, quae ad eum pervenisset. — — Nec enim in arbitrio eius, qui rogatus est, positum est, an omnino velit restituere, sed cui potius restituat Plurimum enim interest, utrum in potestate eius, quem testator obligari cogitat, faciat, *si* velit dare, an post necessitatem dandi solius distribuendi liberum arbitrium

64) Anders wurde eine Stipulation mit der Nebenbestimmung *quum volueris* beurtheilt nach L. 46 §. 2. D. de V. O. XLV. 1. Si ita stipulatus fuero: *quum volueris*, quidam inutilem esse stipulationem aiunt; alii ita inutilem, si, antequam constituas, morieris: quod verum est.

concedat [65]). Wenn in solchem Fall der Vermächtnißträger die Auswahl unter den genannten Personen nicht vornimmt, so können alle als berechtigte auf das Vermächtniß Anspruch machen [66]). Nicht minder kann auch die Auswahl unter verschiedenen Gegenständen dem Vermächtnißträger überlassen sein [67]). Zulässig ferner ist es

d), daß das Vermächtniß zwar nicht geradezu von dem Einverständniß des Vermächtnißträgers mit demselben, wohl aber von einer Handlung oder Unterlassung desselben, die in dessen Willkür steht, als einer Bedingung abhängig gemacht werde. Nach älterem Rechte zwar war dies in der Regel ungültig, weil die Belastung mit einem solchen Vermächtniß meistentheils als Androhung einer Bestrafung des Erben für sein Thun oder Lassen, als poenae nomine relictum, erscheinen mußte, eine solche letztwillige Zuwendung aber als verwerflich angesehen wurde [68]). Aber da es dabei auf die Absicht des Erblassers ankam, die Anordnung des Vermächtnisses nur als ein Mittel zur Bestrafung des Erben zu benutzen [69]), so war schon nach älterem Recht

65) L. 7. §. 1. D. de reb. dub. XXXIV. 5. (Gai. lib. I. fideicomm.). Eben so bei fideicommissarischer Freilassung: L. 46. §. 5. D. de fideicomm. libertat. XL. 5.

66) L. 16. 24. D. de legat. II.

67) L. 84. §. 9. L. 109. §. 1. L. 110. D. de legat. I. Vgl. den Commentar zu dem tit. Dig. de optione leg. XXXIII. 5. (§. 1538. 1541.).

68) Gai. II. 235. 236. 288. Ulp. XXIV. 17. XXV. 13.

69) L. 2. D. de his quae poen. nom. XXXIV. 6. (Marcian. lib. VI. institut.): Poenam a conditione voluntas testatoris separat, et an poena, an conditio, an translatio sit, ex voluntate defuncti apparet, idque Divi Severus et Antoninus rescripserunt.

doch nicht jedes Vermächtniß unter solcher Bedingung ohneweiters als ungültig zu behandeln, und so konnte schon Paulus ohne Widerspruch mit dem Recht seiner Zeit ein Vermächtniß unter solcher Bedingung für gültig halten, wie es geschieht in L. 3. D. de legat. II.

Si ita legetur: *heres dare damnas esto, si in capitolium non ascenderit*, utile legatum est, quamvis in potestate eius sit ascendere vel non ascendere [70]).

Im Justinianischen Recht sind nun auch poenae nomine relicta allgemein für gültig erklärt worden, es sei denn, daß die Strafbestimmung es auf Unmögliches oder Unsittliches abgesehen hat [71]), und darnach ist es denn vollends unbedenklich, ein Vermächtniß an eine Bedingung zu knüpfen, deren Erfüllung lediglich von der Willkür des Vermächtnißträgers abhängt, sei es auch eine an sich ganz gleichgültige Handlung oder Unterlassung desselben, wie die in den Quellen beispielsweise angeführte Bedingung: *si in capitolium ascenderit* oder *non ascenderit* für den Römer in Rom offenbar war. Der Unterschied dieses Falles von dem schlechthin in den Willen des Vermächtnißträgers gelegten Vermächtnisses besteht darin, daß nicht unmittelbar das

70) Vgl. auch L. 1. D. de penu leg. XXXIII. 9. L. 1. §. 8. D. ad leg. Falcid. XXXV. 2. L. 24. D. quando dies legati ced. XXXVI. 2. Mayer d. L. v. d. Legaten §. 31. Anm. 2. Daher ist die Erklärung der L. 3. cit., welcher Glück in diesem Commentar Bd. 33. S. 473. fg. beistimmt, eben so wenig zu billigen, wie die von ihm verworfene, wornach die Bedingung *si in capitolium non ascenderit* auf den Legatar zu beziehen sein sollte, welche letzte auch Vangerow Pand. §. 432. früher gebilligt, dann aber mit Recht verworfen hat (7. Aufl. II. S. 95.).

71) §. 36. J. de legat. II. 20. Theophil. ad h. l.

Wollen des Vermächtnisses, die Einwilligung des Vermächtnißträgers zu demselben, sondern ein anderes willkürliches Thun oder Unterlassen als eine zu dem Vermächtniß nicht in wesentlicher Beziehung stehende Thatsache zur Bedingung desselben gesetzt ist, wobei nichts darauf ankommt, aus welchem Beweggrunde die Handlung oder Unterlassung stattfinde. Als Quelle des Vermächtnisses erscheint dann doch immer noch der Wille des Erblassers, insofern dieser für jenen Fall dasselbe setzt, wesentlich nicht anders, als wenn er es von irgend einem anderen zufälligen Ereigniß abhängig gemacht hat, während im anderen Falle der Wille des Erblassers ganz und gar hinter den Willen des Vermächtnißträgers zurücktritt und die obligatio legati lediglich nur ex eius voluntate statum capit [72]). Allerdings kann denn auch

72) Die obige Frage über die Gültigkeit einer in den Willen des zu Verpflichtenden gelegten Verpflichtung, und so denn insbesondere auch eines in den Willen des Vermächtnißträgers gelegten Vermächtnisses ist in neuester Zeit seit den betreffenden Bemerkungen von Glück im Bd. 33. S. 469. fgg. lebhaft erörtert worden in besonderer Beziehung auf den sog. Kauf oder Handel nach Belieben oder auf Probe. Fitting in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht II. S. 203. fgg. Unger das. III. S. 386. fgg. und wieder Fitting das. V. S. 79. fgg., dann mit besonderer Rücksicht auf Windscheid Pand. I. §. 93., derselbe im Arch. für civ. Praxis XLVI. S. 260. fgg. Die Schwierigkeit, ja Wunderlichkeit, welche man in jenem Rechtsgeschäfte, das in §. 4. J. de emt. et. vend. III. 23. ohne Bedenken als bedingter Kauf für gültig angesehen wird, fand, erledigt sich ganz einfach aus dem Gesichtspunkte, daß es sich da um einen zweiseitigen Schuldvertrag handelt. Arndts Pand. 5. u. 6. Aufl. §. 234. Anm. 3. 4. §. 301. Anm. 2. 5. Fitting aber hat aus diesem Anlaß überhaupt für Verpflichtungen jener Art als

in jener Weise das Vermächtniß materiell in Wahrheit von dem Belieben des Vermächtnißträgers abhängig gemacht werden, indem dasselbe durch Unterlassen von etwas, das der Erbe ohne alle Beschwerde sehr leicht thun kann, bedingt wird, z. B. einen Besuch, einen Spaziergang, und so kann der Erblasser das Vermächtniß leicht auch absichtlich so einrichten, daß es in der That sich fast ebenso verhält, als hätte er dasselbe geradezu in

das entscheidende Moment dieses geltend machen wollen, ob eine Verpflichtung ausdrücklich in den Willen des zu Verpflichtenden, ein Vermächtniß ausdrücklich in den nackten Willen des Erben gestellt sei oder nur stillschweigend und verdeckt dadurch, daß eine von der Willkür desselben abhängende Bedingung dafür gesetzt werde, und er tadelt als unhaltbar die bisher herrschende Lehre, welche dahin lautet, daß die Verpflichtung zwar nicht geradezu von dem Willen, wohl aber von einer äußeren willkürlichen Handlung des zu Verpflichtenden abhängig gemacht werden könne. Mit Recht aber erklären sich dagegen Windscheid a. a. O., Unger a. a. O. und im Erbr. §. 57. Anm. 1. 2., Vangerow Pand. §. 432. Anm. 1., und auch, was Fitting zuletzt insbesondere gegen Windscheid bemerkt hat, ist nicht stichhaltig. Mit Unrecht nimmt er an, daß dieser der Regel eine ganz neue Wendung gebe, indem er jede auf irgend ein anderes Wollen des zu Verpflichtenden außer dem Wollen, daß die durch das concrete Geschäft herbeizuführende Verpflichtung eintrete, jede auf eine Willensäußerung in irgend einer anderen Richtung gestellte Bedingung für zulässig und mit der Gültigkeit des Geschäftes verträglich erkläre. In der That ist dieses nur ein genauerer Ausdruck der herrschenden Lehre, deren „willkürliche Handlung" im weitesten Sinne zu nehmen ist und jede Willensäußerung in sich begreift, die in etwas Anderem besteht, als gerade nur in der Erklärung des Willens, daß die Verpflichtung eintrete.

den Willen des Vermächtnißträgers gestellt. Aber das ist nicht auszuschließen, weil sich eben keine Gränzlinie ziehen läßt zwischen völlig bedeutungslosem und solchem Thun, welches durch die bedingte Auflage indirekt zu befördern der Erblasser irgend ein Interesse hat, sowie es ihm unbenommen ist, das Vermächtniß durch eine ganz gleichgültige zufällige Thatsache zu bedingen, damit es ihm frei stehe, ganz nach seinem Ermessen dasselbe von einer Thatsache abhängig zu machen, auf welche er in Beziehung zu demselben irgendwie Werth legt. Hiernach erklärt sich nun auch ohne Schwierigkeit

e) L. 11. §. 5. D. de legat. III. (Ulp. lib. III. fideicommiss.):

Sic fideicommissum relictum: ***nisi heres meus noluerit, illi decem dari volo***, quasi conditionale fideicommissum est, et primam voluntatem exigit; ideoque post primam voluntatem non erit arbitrium heredis dicendi noluisse.

Man hat in dieser Stelle einen entscheidenden Beweis finden wollen, daß das römische Recht eben nur ein ausdrücklich in das Belieben des Vermächtnißträgers gestelltes Vermächtniß verwerfe; denn das non nolle sei doch in der That nichts anderes als das velle [73]). Dagegen braucht man sich nicht darauf zu berufen, daß hier eine Resolutivbedingung oder, richtiger, eine bedingte Zurücknahme des unbedingt gegebenen Vermächtnisses vorliege [74]). Auch wenn man die Beding-

73) Fitting in Goldschmidt's Zeitschrift V. S. 156. fg. und im Arch. für civ. Praxis XLVI. S. 269. fg.

74) So ist die Stelle schon von Glück erklärt in Bd. 33. S. 472. Vgl. auch Unger in Goldschmidt's Zeitschr. III. S. 400. Anm. 10.

ung „si non noluerit heres“ als eine aufschiebende Bedingung, das Vermächtniß als ein bedingtes auffaßt, so besteht doch ein wesentlicher Unterschied zwischen jener Bedingung und der *si voluerit heres;* denn dort wird das Vermächtniß als Willensverfügung des Erblassers und nur als solche wirksam, wenn der Erbe nicht nach dessen Tod seinen Widerspruch, sein Nichtwollen erklärt; in dem anderen Falle ist es überall nicht der Wille des Erblassers, sondern der positiv erklärte Wille des Erben, dem einzig und allein das Vermächtniß seinen Ursprung verdanken würde, wenn es gültig wäre [75]).

2) Auch in die Willkür eines Dritten soll ein Vermächtniß nicht gestellt werden können, es sei denn in der indirekten Weise, wie es nach 1. a—e auch in den Willen des Vermächtnißträgers selbst gelegt werden kann. So lehrt ganz bestimmt und klar Modestinus, der Schüler Ulpian's, in L. 52. D. de cond. et dem. XXXV. 1. Aber in dieser Beziehung machen drei Stellen von Ulpian Schwierigkeiten und haben denn auch sehr verschiedene Meinungen und Erklärungsversuche hervorgerufen: L. 1. pr. D. de legat. II., L. 43. §. 2. D. de legat. I., und L. 46. §. 2. D. de fideicomm. libertat. XL. 5. Dieser Punkt ist indessen schon von Glück in Bd. 33. dieses Commentars S. 444. fgg. ausführlich und unter Berücksichtigung einer reichen Literatur erörtert worden [76]), und genügt es daher hier,

75) So mit Recht Unger im Erbrecht §. 57. Anm. 1. Vgl. auch Windscheid Pand. §. 93. Anm. 4. Vangerow Pand. §. 432. Anm. 3.

76) Noch ausführlicher hatte Glück dieselbe Frage schon früher abgehandelt in einer besondern Schrift: Innocentius III. P. R. in cap. 13. X. de testam. et ult. vol. iuri civili haud derogans, Erlangae 1784, und dessen opusc. iurid. I. S. 147—300.

unter Bezugnahme darauf, nur anzugeben, was die neuere Literatur seit Erscheinen jenes Bandes zur Entscheidung dieser Streitfrage ergibt.

Die meisten neueren Schriftsteller halten fest an dem Lehrsatze des Modestinus und weichen unter einander nur ab in der Art, wie sie denselben auffassen und genauer bestimmen, wie denn namentlich Fitting auch hier alles darauf ankommen läßt, ob das Vermächtniß ausdrücklich oder nur stillschweigend von dem Willen des Dritten abhängig gemacht werde [77]). Einige derselben erkennen auch mit Glück a. a. O. einen Widerspruch zwischen Ulpian und dessen Schüler Modestinus gar nicht an, sondern beruhigen sich bei der von jenem gebilligten Vereinigung der scheinbar widerstreitenden Stellen. Wenn Ulpian in L. 1. pr. D. de legat. II. sagt:

> In arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio potest; quid enim interest: *si Titius in capitolium ascenderit*, mihi legetur, an: *si voluerit?*

so soll dieses nur bedeuten: in der That könne das Vermächtniß von dem Belieben des Dritten durch eine Bedingung der ersten Art abhängig gemacht werden, ohne daß darum auch ein Vermächtniß unter der Bedingung *si voluerit Titius* für gültig erklärt werde. Und wenn derselbe Ulpian in L. 43. §. 2. D. de legat. I. sagt:

> Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest,

so soll dieses in demselben Sinne verstanden, der Nach-

77) Vgl. die Anm. 72—75. W. Sell Versuche im Gebiete des Civilrechts 2r. Theil, Gießen 1834. S. 279. fgg.

satz aber daraus erklärt werden, daß nach dem Rechte zu Ulpian's Zeit das Vermächtniß unter einer von der Willkür des Erben abhängenden Bedingung, freilich nur in der Regel, als poenae nomine relictum ungültig war. Dabei jedoch müssen sie nach L. 46. §. 2. D. de fideicomm. libertat. XL. 5. zugeben, daß eine fideicommissarische Freilassung favore libertatis selbst auch unter der Bedingung *si voluerit Titius* als gültig angesehen worden sei [78]).

Andere dagegen sind der Meinung, daß wirklich Ulpian in diesem Punkte anderer Ansicht gewesen sei, als welche von Modestinus vorgetragen wird. Sie finden diese in L. 43. §. 2. cit. allgemein und principiell ausgesprochen und erkennen in L. 1. pr. cit. eine rationelle Begründung derselben: wenn es unbestritten zulässig sei, das Vermächtniß an eine unerhebliche Willkürhandlung des Dritten als Bedingung zu knüpfen, so sei es konsequent, auch schlechthin die Bedingung *si voluerit* zuzulassen. Dieselben geben aber dem Lehrsatze des Modestinus den Vorzug, weil dieser der jüngere Rechtsgelehrte sei [79]), oder weil, nach dem, was in Betreff der Erbeinsetzung die Quellen ohne Widerspruch lehren, die Consequenz den Satz des Modestinus als den richtigen ergebe, wenn man die widersprechenden Stellen als einander aufhebend unberücksichtigt lasse, und weil die Stelle des Modesti-

78) W. Sell a. a. O. Mejer in der Fortsetzung von Schweppe's Privatrecht V. §. 800. Mühlenbruch Pand. §. 645. Anm. 4. 5. Vangerow Pand. II. §. 432. Anm. 1. Sintenis Civilrecht III. §. 171. Anm. 4. Seuffert Pand. §. 535. a. E. Vering Erbr. S. 302. Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexikon X. S. 911. Vgl. auch Thibaut Pand. §. 951. Anm. g.

79) Göschen Civilrecht III. 2. §. 799.

nus ganz bestimmt und klar spreche, während die Aussprüche des Ulpian doch allenfalls eine andere Erklärung zulassen [80]).

Eine dritte Hauptmeinung endlich geht dahin, daß zwar für Legate wie für Erbeinsetzungen der strengere Grundsatz auch von Ulpian anerkannt, bei Fideicommissen aber eine freiere Beurtheilung zugelassen worden sei, und diese letzte nun im Justinianischen Rechte bei allen Vermächtnissen in Anwendung komme, und zwar soll die Abweichung der Fideicommisse von den Legaten nach einer Meinung darin bestanden haben, daß bei jenen schlechthin die Bedingung *si voluerit* für statthaft gehalten werde [81]), nach einer anderen Meinung aber nur darin, daß diese Bedingung bei Fideicommissen immer ohneweiters so auszulegen sei, als laute sie: *si aestimaverit* oder *si arbitratus fuerit Titius*, als solle also das Vermächtniß nur von dem billigen Ermessen des Dritten abhängig gemacht werden [82]).

Unter denjenigen aber, welche hiernach ein geradezu in den Willen eines Dritten gestelltes Vermächtniß nach Justinianisch-römischem Recht für ungültig halten, besteht noch eine Meinungsverschiedenheit darüber, ob dies auch nach heutigem gemeinen Recht noch zu behaupten, oder vielmehr durch das berühmte cap. 13. X. de testament. III. 26. von Papst Innocentius III. die römische Be-

80) Mayer d. L. von den Legaten §. 31. Anm. 12. Brinz Pand. II. S. 890. Fitting in Goldschmidt's Zeitschr. V. S. 144 fg. 164. fg. Unger das. III. S. 199. fg. und im Erbr. §. 57. Anm. 2. Weniger bestimmt spricht sich Roßhirt II. S. 316. über die Meinung Ulpian's aus.

81) Savigny System des heut. R. R. III. S. 133. fg.

82) Puchta Pand. §. 472. Anm. 1. und dessen Vorlesungen II. §. 472.

schränkung beseitigt sei. Die Meisten treten in dieser Beziehung der von Glück in diesem Commentar Bd. 33. S. 476. fg. Bd. 34. S. 1—23 ausführlich vertheidigten Ansicht bei, daß dieses cap. 13. dem römischen Rechte nicht derogire. Allein es fehlt doch auch seitdem nicht an Stimmen, welche sich für die von Schrader gegen Glück's ältere Abhandlung vertheidigte, von Glück im Commentar a. a. O. bekämpfte Ansicht aussprechen, daß nach cap. 13. cit. selbst die Erbeinsetzung und somit der wesentliche Inhalt eines Testaments gültig der Bestimmung eines Dritten anheimgestellt werden könne [83]), und dann versteht es sich von selbst, daß vollends die Anordnung von Vermächtnissen unbedenklich in dieser Weise stattfinden könne.

83) Von den bei Glück Bd. 33. S. 478. angeführten Anhängern der Schrader'schen Ansicht sind Thibaut und Wening-Ingenheim auch noch in späteren Ausgaben dieser Ansicht treu geblieben. Mühlenbruch, der in der ersten Ausgabe seiner doctrina pand. III. §. 464. ebenfalls dieselbe gebilligt hatte, läßt in späteren Ausgaben desselben Werks die Streitfrage unentschieden, und bemerkt so auch noch in der deutschen Bearbeitung §. 645. nur: „Weiter noch geht das canonische Recht; doch ist man über den Inhalt und den Sinn der Vorschriften desselben keineswegs einverstanden." Schweppe's Privatrecht aber in der Fortsetzung von Mejer §. 800. Anm. 5. nennt Schrader's Abhandlung widerlegt durch Glück's Commentar a. a. O. Dagegen wird die Ansicht Schrader's wieder vertheidigt von Roßhirt II. S. 318., vgl. dessen Zeitschr. für Civil- und Criminalrecht I. S. 51. fg., und von Mayer a. a. O. §. 31. Anm. 13. Auffallend ist es darnach, wie Keller Pand. §. 492. sagen konnte, Einige, z. B. Wening-Ingenheim, hätten „ohne allen Grund" behauptet, daß durch cap. 13. cit. das römische Recht abgeändert sei.

Nach allseitiger Erwägung nun der Gründe für und wider müssen wir uns für die freiere Rechtsansicht erklären. Was nämlich vorerst das römische Recht betrifft, so machen die Aeußerungen Ulpian's bei unbefangenem Lesen entschieden den Eindruck, daß derselbe auch in Ansehung des Legates der freieren Ansicht huldigte, und stände nicht Modestin's Ausspruch entgegen, so würde wohl kaum eine andere Meinung aufgekommen sein. Die Erklärung der L. 43. §. 2. D. de legat. I. durch Bezugnahme auf die damalige Ungültigkeit des poenae nomine relictum ist unbefriedigend, weil doch zugegeben werden muß, daß nicht jedes Vermächtniß unter einer von der Willkür des Erben abhängenden Bedingung als poenae nomine relictum anzusehen war; also bleibt der Satz: „legatum in aliena voluntate poni potest" in seinem nächstliegenden buchstäblichen Sinne aufrecht. Und die Bemerkung in L. 1. pr. D. de legat. II. erscheint als eine fast leere Aeußerung ohne juristischen Gehalt, wenn sie so ausgelegt wird, daß man, obgleich es nicht angehe, das Vermächtniß an die Bedingung *si voluerit Titius* zu knüpfen, doch wohl sagen könne, es sei möglich, dasselbe in das arbitrium Titii zu stellen, weil das ascendere in capitolium von dem velle kaum verschieden sei; sie enthält dagegen eine treffende juristische Argumentation nach der anderen Auslegung, nach welcher Ulpian eben daraus, daß das Legat unter der Bedingung *si in capitolium ascenderit Titius* unbestritten als gültig anerkannt wird, die Folgerung ableitet, daß man auch das Legat unter der Bedingung *si voluerit Titius* zu beanstanden keinen vernünftigen Grund habe. Der Umstand allein aber, daß Modestinus der jüngere Jurist ist, kann der Meinung desselben um so weniger den Vorzug sichern, als

Ulpian und Modestinus doch auch gleichzeitige Rechtsgelehrte waren, und der erste hier gerade die freiere, an die Strenge der Form sich weniger bindende Ansicht vertritt [84]). Man kann also höchstens im Justinianischen Recht die Aussprüche beider als einander aufwiegend betrachten. Dann aber ist es nicht nothwendig die Consequenz des allgemeinen in L. 32. pr. D. de hered. instit. XXVIII. 5. ausgesprochenen und bezüglich der Erbeinsetzung festgehaltenen Grundsatzes, die man als entscheidend gelten lassen muß; vielmehr gewinnt dann an Bedeutung, was Ulpian in Beziehung auf fideicommissarische Freilassung lehrt in L. 46. §. 2. D. de fideicommiss. libert. XL. 5.

Sed et si ita adscriptum sit: *si Seius voluerit, Stichum liberum esse volo*, mihi videtur posse dici, valere libertatem, quia conditio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset, *si Titius capitolium ascenderit.*

Diese spezielle Entscheidung wird von Allen respektirt. Man hat nun zwar gesagt, sie beruhe auf der Begünstigung der Freilassung. Allein dazu gibt die Stelle keinen Anlaß. Ulpian findet vielmehr in jener Verfügung eine zulässige Bedingung, die wesentlich der Bedingung *si capitolium ascenderit* gleichzuachten sei [85]), und wenn man nun auch jene bei dem Legat

84) Vgl. Savigny System des heut. R. R. I. S. 282.

85) Hieraus ergibt sich zugleich die Grundlosigkeit der Erklärung Puchta's (oben Anm. 82.). Ulpian deutet mit keinem Worte an, die Bedingung *si voluerit* sei auszulegen, als laute sie: *si arbitratus fuerit;* er sagt vielmehr, sie könne gelten, als auf die Thatsache, die Zustimmungserklärung des Titius, gestellte Bedingung, wie die auf die Besteigung des Kapitols gestellte Bedingung.

noch beanstandet, so muß sie doch bei dem Fideicommiß der Freiheit und nach Analogie desselben überhaupt bei dem Fideicommiß, und darum nach Justinianischem Recht bei allen Vermächtnissen als zulässig anerkannt werden, wenn man die das Legat betreffenden widerstreitenden Stellen ganz ignorirt. Wäre die Stelle des Modestinus nicht in die Pandekten aufgenommen und fehlten auch Ulpian's L. 1. pr. und L. 43. §. 2. citt., so würde nach L. 46. §. 2. cit. schwerlich auch nur ein Zweifel darüber aufgekommen sein, daß bei Fideicommissen überhaupt die Bedingung *si voluerit Titius* für zulässig erachtet wurde, und die Streitfrage bezüglich der Vermächtnisse wäre nicht entstanden, ungeachtet der strengeren Grundsätze, welche in L. 32. 68. D. de hered. instit. bezüglich der Erbeinsetzung aufgestellt sind.

Was sodann das canonische Recht betrifft, so ist es zwar gewiß, daß die Entscheidung von Papst Innocenz zunächst veranlaßt war durch eine Anfrage, welche den Nachlaß von Geistlichen betraf, und zwar in einem Falle, wo es sich darum handelte, ob das dem Bischof verliehene Privilegium, über den Nachlaß des ohne letzten Willen verstorbenen Geistlichen zu verfügen (das sog. ius spolii), zur Anwendung komme, wenn dieser die Verfügung darüber einer bestimmten anderen Person aufgetragen hatte [86]). Allein die Anfrage lautete

86) Daß das cap. 13. cit. nicht blos, wie J. H. Böhmer in der Anm. dazu und ausführlicher im Ius eccles. protestantium ad h. t. lehrt und noch Keller Pand. §. 492. Anm. 19. ihm nachspricht, auf den aequaestus ecclesiasticus der Geistlichen, sondern auf den Gesammtnachlaß sich bezog, hat schon Glück in seiner Schrift: Innocentius III. in opusc. I. pag. 273. sq. nachgewiesen. Vgl. diesen Comment. Bd. 34. S. 6. Anm. 10.

allgemein: an illi, qui in alterius voluntate et dispositione suam committunt ultimam voluntatem, . . . dicantur decedere intestati? Und die Antwort lautet eben so allgemein: dicimus, quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus, und in dieser Allgemeinheit ist der Satz als cap. 13. X. de testamentis in die Decretalensamlmung Gregor's IX. aufgenommen. Denselben nur auf Geistliche zu beschränken, ist man weder nach dem Zusammenhange der ganzen nur bruchstückweise in dieser Sammlung aufgenommenen Decretale des Papstes Innocenz III. [87]), noch vollends nach jenem cap. 13. berechtigt. Kann es auch nicht durch Urkunden belegt werden, daß auch Laien wohl die Verfügung über ihren ganzen Nachlaß ohne eigene letztwillige Anordnung einem sogenannten Treuhänder oder Manufidelis anvertraut haben [88]), so ist doch eben so unerweislich, daß dieses nur ein Privilegium der Geistlichen war. Laien hatten nicht, wie es bei Geistlichen häufig der Fall war, den besonderen Beweggrund dazu, das ius spolii des Bischofs auszuschließen. Auch kam jenes wohl meistens nur vor, wo es darauf abge-

87) Vollständig ist dieselbe in den Briefen dieses Papstes erhalten, die von Steph. Baluzius Paris 1682. herausgegeben sind. Vgl. Glück in opusc. l. c. pag. 244. sq. In den Decretalen Gregor's IX. ist durch Excerpt aus dem ersten Theile des Briefes das cap. 18. X. de V. S. V. 40., aus dem zweiten Theile das cap. 13. X. de testament. III. 26. gebildet.

88) So behauptet Glück Bd. 34. S. 5.: „Bei den Laien finden sich dergleichen manufideles als testatores und ultimarum voluntatum ordinatores nicht. Es hat darüber keine einzige Urkunde des Mittelalters angeführt werden mögen.“

sehen war, den Nachlaß ganz oder größtentheils nach den dem bestellten Treuhänder etwa kundgegebenen Intentionen des Erblassers zu milden Zwecken zu verwenden, und dies war bei Laien begreiflicher Weise seltener der Fall. Sodann waren Testamente im römischen Sinn bis zur entschiedenen Reception des römischen Rechts bei Laien überhaupt nicht häufig; für die verschiedenartigen Vergabungen durch letztwillige Anordnung aber mit der Vollziehung einen Manufidelis zu betrauen war auch von deren Seite nichts Ungewöhnliches [89]). Zugegeben wird, daß, auch wenn ein Laie seinen Nachlaß schlechtweg zu milden Zwecken bestimmt hatte, dem Bischof die nähere Bestimmung anheimfiel; es trat dann dasselbe ein, was da, wo dem Bischof, wie dem zu Auxerre, das sogenannte ius spolii verliehen war, be-

89) Dies wird mit Recht von Roßhirt a. a. O. hervorgehoben und das Institut der Manufideles als aus allgemeiner germanischer Rechtsgewohnheit herstammend geltend gemacht. Vgl. Beseler, die Vergabungen von Todeswegen nach älterem deutschen Recht. Göttingen 1835. S. 277 fg. Deutsches Privatrecht. III. §. 162. 164. und in Reyscher's Zeitschr. für deutsches Recht IX. S. 146. fg. So wird auch in Seibertz Urkundenbuch zur Landes- und Rechtsgeschichte des Herzogth. Westfalen II. Nr. 667. S. 303. fg. eine Urkunde vom J. 1339. mitgetheilt, worin der damalige Bischof von Osnabrück bezeugt, daß ihn sein verstorbener Bruder, Graf Wilhelm von Arnsberg, als manufidelem suum et executorem ipsius testamenti et ultime voluntatis sue testamentarisch bestellt und sollempniter erwählt habe, und worin von manufidelitas als einem bekannten Rechtsbegriff die Rede ist, so wie in dem von Glück Bd. 34. S. 5. angeführten Cölner Concilienbeschluß *clericorum* manufideles seu ultimarum executores voluntatum, nicht als ob nur bei Geistlichen davon die Rede sein könne, genannt werden.

züglich des Nachlasses der ohne Testament verstorbenen Geistlichen galt. Es kann nun nicht bezweifelt werden, daß jener Laie mit der Ausführung seiner Absichten auch ausdrücklich einen Anderen als den Bischof beauftragen konnte, eben so gut, als es dem Geistlichen frei stand, durch Ernennung eines Manufidelis jenes Recht des Bischofs auszuschließen. Daß jedoch eben das Recht, in solcher Weise über ihren Nachlaß durch einen Vertrauensmann zu verfügen, damals nicht als ein Privilegium der Geistlichen, als ein längst bestehendes Gewohnheitsrecht, unbestritten anerkannt war, das läßt sich gerade aus der Anfrage des Bischofs von Auxerre schließen, als welche sonst überflüssig gewesen wäre [90]). Man verdreht diese willkührlich, indem man ihr den Sinn unterlegt und darauf dann auf die päpstliche Entscheidung deutet: ob diejenigen Geistlichen, welche von jenem angeblich unzweifelhaften Privilegium Gebrauch machen, als intestati anzusehen seien? Unzweifelhaft war nur, daß dem Bischof von Auxerre kraft päpstlicher Verleihung die Verfügung über den Nachlaß derjenigen Geistlichen (clerici) seiner Diöcese, qui intestati decedunt, zustehe. Streitig aber war a) ob unter jenen clerici auch die Domherren der Kathedrale zu verstehen seien? b) ob man von denjenigen (nicht blos Geistlichen [91]),

90) Mayer a. a. O. Es läßt sich sogar recht gut erklären, warum es gerade bei Geistlichen mit gutem Schein beanstandet werden konnte, wenn es auch bei Laien gewohnheitsrechtlich zugelassen war. Man konnte sich auf den Grundsatz stützen: Ecclesia lege romana vivit.

91) Hätte sich die zweite Frage nur auf die in der ersten erwähnten clerici und canonici bezogen, so hätte sie nicht lauten dürfen: *an illi qui,* sondern: *an illi, si . . . committunt,* und vollends dürfte die Antwort nicht lauten: *quod qui . . . . committit* etc.

qui ultimam voluntatem in alterius dispositionem committit, mit Recht sagen könne, daß er intestatus decedit. Die erste Frage wird bejahend beantwortet in cap. 18. X. de V. S., die andere verneinend in cap. 13. X. de testamentis. Daß dies dem römischen Rechte nicht gemäß sei, dessen mußte der rechtsgelehrte Papst sich bewußt sein; da er es allgemein ohne Beschränkung auf Geistliche ausspricht, so hat er mit Bewußtsein einen vom römischen Rechte abweichenden allgemeinen Rechtsatz nicht eingeführt, aber anerkannt.

Daß dieses nur ein besonderes Recht der Geistlichen statuire, das wird auch durch den von Glück Bd. 34. S. 5. zum Beweise dafür angeführten can. 7. des Cölner Concils vom J. 1266. durchaus nicht bewiesen. Dieser Canon bezweckt wesentlich nur, den Geistlichen das Recht letztwilliger Verfügung zu sichern. Indem er dieses ausdrückt:

> „Sed quilibet clericus de bonis suis, sicut in vita, ita et in morte testamentum suum faciendi et de rebus suis disponendi vel per se vel per alios, quibus hoc commiserit, liberam habeat facultatem,“

berechtigt er durchaus nicht zu der Annahme, daß die facultas de rebus suis per alios disponendi ein besonderes Recht der Geistlichen sei, so wenig wie es Jemanden einfallen wird, die facultas testamentum suum faciendi et de rebus suis per se disponendi als solches anzusehen. Es ist übrigens nicht zu übersehen, daß dieser Concilienbeschluß einer Zeit angehört, in welcher die Reception des römischen Rechtes in weltlichen Gerichten noch keineswegs entschieden war, vielmehr nur erst allmälig begann und insbesondere das Recht letztwilliger Verordnungen für Laien noch nicht ausgebildet

war, sondern nur in einer regellosen Praxis sich mehr und mehr geltend machte. So wie nun auch sonst Aenderungen des römischen Rechts durch das canonische, die ursprünglich nur für die geistlichen Gerichte praktische Geltung hatten, in Folge der später entschiedenen allgemeinen Reception des römischen Rechts als gemeines Recht auch in weltlichen Gerichten anerkannt sind, so muß dieses auch von dem fraglichen cap. 13. angenommen werden, wofern nicht ein anderer Grund der Anwendung entgegensteht, und dieses um so mehr, wenn als die Quelle oder Wurzel dieser Aenderung ein Gewohnheitsrecht des Mittelalters erkannt wird. Einen solchen Grund hat man finden wollen in der Notariatsordnung Kaiser Maximilian's I., welche in Tit. I., „von Testamenten" im Allgemeinen das römische Recht bestätige und insbesondere in §. 8. verordne, daß derjenige, welcher ein Testament machen will, die Namen derjenigen, welche er zu Erben haben oder denen er sonst etwas vermachen will, vor der im römischen Rechte vorgeschriebenen Zahl dazu erbetener Zeugen deutlich benennen und ausdrücken solle. Aber dieser Grund ist ohne alle Kraft und Bedeutung für die vorliegende Frage. Der angeführte §. 8. der Notariatsordnung bestimmt nämlich lediglich die Form eines mündlichen Testaments. Diese, sagt er allerdings, sei also, daß der bedachten Personen „Namen und was er im Testament begriffen haben wollt", vom Testator vor den Zeugen, „öffentlich und klärlich benennt und ausgedrückt wird." Allein daraus abzuleiten, daß es, wenngleich es bis dahin zulässig gewesen, nicht mehr gültig sei, die Bestimmung über die Erbfolge und Vermächtnisse dem Willen eines Anderen zu überlassen, das ist eben so unberechtigt, als daß eine sogenannte mystische Erbeinsetzung in einem

mündlichen Testament nicht möglich sei. Dies ist zwar wirklich von Einigen behauptet worden [92]). Aber dann müßte consequent auch behauptet werden, daß in einem mündlichen Testament keine incerta persona, für die es einen Namen nicht gibt, eingesetzt werden könne, daß es ungültig sei, darin die Erben durch ein anderes Merkmal als den Namen zu bezeichnen, z. B. „meinen Sohn," oder „die Kinder meines Bruders" u. dgl. m., was doch kaum Jemand behaupten möchte, vielmehr Jeder ungereimt finden wird. Der §. 8. will wesentlich nichts Anderes sagen, als daß beim mündlichen Testament der Testator den Inhalt seines letzten Willens auf eine den Zeugen vernehmliche und verständliche Weise erklären müsse, was sich nach der Natur dieser Testamentserrichtung von selbst versteht. Wenn aber auch Jemand an jener unsinnigen Buchstaben-Interpretation festhalten zu müssen glaubte, so würde doch nicht mehr daraus folgen, als daß nur durch ein mündliches Testament jene commissio in alterius dispositionem nach der Notariatsordnung nicht gültig sei, so wie die Freunde solcher Interpretation nicht mehr behaupten, als daß nur im mündlichen Testament eine mystische Erbeinsetzung nicht statthaft sei; die Möglichkeit der einen wie der anderen Anordnung durch ein schriftliches Testament, von dessen Inhalt die Zeugen nichts zu erfahren brauchen, wäre nichtsdestoweniger anzuerkennen.

92) Namentlich von Mühlenbruch in diesem Comment. Bd. 35. S. 13. fg., welcher sogar ein mündliches mystisches Testament für ein Unding erklärt, während Mayer a. a. O. §. 30. Anm. 24. es zwar auch nicht für zulässig hält, aber zugibt, daß es an einem innern Grunde dafür fehle. Vgl. dagegen Arndts Pand. §. 493. Anm. 2. u. in Weiske's Rechtslex. III. S. 919. Anm. 77.

Nach allem diesem müssen wir also, im Widerspruch mit dem Urheber dieses Commentars [93]), für das geltende gemeine Recht behaupten, daß es allerdings zulässig sei, sowohl die Bestimmung der Erbfolge als auch, und dies noch entschiedener, die Anordnung eines Vermächtnisses in den Willen eines Dritten zu legen. Die Verwirrung, welche durch diese Abweichung vom römischen Rechte in die Lehre von der testamentarischen Erbfolge gebracht werde, hat man, wie schon Mayer a. a. O. andeutet, in der That übertrieben [94]). Sie ist vollends unerheblich, wenn jene freiere Gestaltung letztwilliger Anordnungen nur auf Vermächtnisse beschränkt wird. Was der praktische Ulpian für zulässig hielt, das wird auch die neuere Praxis ertragen können, und es ist nicht wohl einzusehen, warum ungültig sein müsse das Vermächtniß: „ich vermache dem Titius meinen Antheil an dem Hause Nr. 10., wenn Cajus, mein bisheriger Miteigenthümer, damit sich einverstanden erklärt", gültig aber das Vermächtniß: „ich vermache dem Titius mein Haus Nr. 10., wenn mein Freund Cajus das für gut und angemessen erachtet", oder ungültig das Vermächtniß:

93) Auch im Widerspruch mit dem, was ich selbst bisher stillschweigend als das Richtige angenommen habe. Arndts' Pand. §. 491. Anm. 5. a. E. Rechtslexikon III. S. 912. Anm. 26.

94) So vorzüglich Glück Bd. 34. S. 14. fg. Puchta Vorlesungen II. §. 472. nennt es eine Abnormität der stärksten Art. — Es versteht sich von selbst, daß die Rechte der Pflichttheilsberechtigten wie der Gläubiger unter allen Umständen gewahrt bleiben müssen. Auch muß eine formell gültige letztwillige Verfügung vorausgesetzt werden, und in solcher Anordnung liegt immer eine Bedingung, die mit dem Tode desjenigen, von dessen Willen die Erbfolge oder das Vermächtniß abhängig gemacht ist, deficirt.

„mein Haus vermache ich demjenigen, welchen Cajus dazu ausersehen wird", gültig aber das Vermächtniß: „mein Haus vermache ich demjenigen unter den Bürgern der Stadt Wien, welchen Cajus als den würdigsten, dieses Vermächtniß zu empfangen, bezeichnen wird."

Die überwiegende Mehrzahl der Rechtsgelehrten freilich hat sich, wie Glück a. a. O. nachweist und aus diesem §. hervorgeht, gegen die hier vertheidigte freiere Rechtsansicht und insbesondere gegen die gemeinrechtliche Geltung des cap. 13 cit. erklärt. Aber es fehlt doch an einer solchen Uebereinstimmung, daß man dieses durch eine constante Praxis gewohnheitsrechtlich für beseitigt halten könnte. Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch aber hat entsprechend der vorherrschenden gemeinrechtlichen Theorie den Satz des cap. 13 cit. verworfen, indem es in §. 564 bestimmt ausspricht:

> „Der Erblasser muß den Erben selbst ernennen, er kann dessen Ernennung nicht dem Ausspruche eines Dritten überlassen."

Und daß man dieselbe Regel auch auf Vermächtnisse beziehe, das ist nicht nur consequent, sondern wird zudem durch die Vergleichung mit §. 651. gerechtfertigt, welcher bestimmt:

> „Ein Erblasser, welcher ein Legat einer gewissen Classe von Personen, als Verwandten, Dienstpersonen oder Armen zugedacht hat, kann die Vertheilung, welcher aus diesen Personen, und was jeder zukommen soll, dem Erben oder einem Dritten überlassen. Hat der Erblasser hierüber nichts bestimmt, so bleibt die Wahl dem Erben überlassen" [95]).

Strenger noch als das österr. Gesetzbuch erklärt

95) Vgl. Unger Erbrecht §. 57. Anm. 1. 2.

der hessische Entw. III. Art. 51. die letztwillige Verfügung für ungültig, wenn der Erblasser die Ernennung der Person, zu deren Vortheile sie geschehen soll, oder die Bestimmung des Erbtheils des zur Erbfolge Berufenen dem Gutdünken eines Dritten überlassen hat, und gestattet selbst die Auswahl und Vertheilung unter mehreren ernannten Personen nur dem mit einem Vermächtnisse Beschwerten, nicht einem Dritten zu überlassen, erklärt aber für zulässig die Verfügung, daß der Bedachte das ihm Hinterlassene den ihm bekannten Absichten des Erblassers gemäß verwenden oder ganz oder theilweise an eine in dem letzten Willen nicht genannte aber ihm auf anderem Wege bekannt gemachte Person abgeben solle.

Dagegen das sächsische Gesetzbuch §. 2086. sagt übereinstimmend mit der oben vertheidigten Ansicht:

> „Der Erblasser kann die Person des Bedachten oder den Gegenstand seiner Verfügung von dem Willen eines oder mehrerer bestimmten Dritten abhängig machen" [96]),

und erklärt dann in §. 2087., daß in solchem Falle der letzte Wille durch den Ausspruch des Dritten, oder, wenn derselbe auf den Ausspruch mehrerer Personen gestellt ist, durch die übereinstimmende Erklärung Aller bedingt sei, in §. 2088. aber, „daß den Gegenstand der letztwilligen Verfügung der Dritte nur aus der Erbschaft wählen könne." Zwar heißt es in den Motiven zum Ent-

96) Der Commentator des Gesetzbuches, E. Siebenhaar, III. S. 234. erkennt darin eine Abweichung vom gemeinen Recht (nach Mühlenbruch), gibt aber zu, „daß auf Grund des cap. 13. X. de testam. schon bisher in der Praxis häufig die gegentheilige Ansicht angenommen worden ist."

wurf vom J. 1860. S. 894., daß diese Bestimmungen (daselbst §. 2120. 2121.) den §§. 827—831. (im Gesetzbuch §§. 802—806) correspondiren, so weit diese auf Testamente anwendbar sind, und dort wird in Beziehung auf Verträge bestimmt, daß die Bestimmung des Gegenstandes einer Leistung zwar nicht der bloßen Willkür, aber wohl dem billigen Ermessen eines der Vertragschließenden oder eines Dritten überlassen werden könne, die im Allgemeinen auf die Willkür oder das Ermessen gestellte Bestimmung aber als auf das billige Ermessen gestellt anzusehen sei. Allein aus der Fassung der §§. 2086. 2087. ist eine solche Beschränkung dieser gesetzlichen Vorschrift nicht zu entnehmen, und wird mit Recht auch von dem Ausleger des Gesetzbuchs vermieden [97]). Sie würde wohl auch praktisch wenig erheblich sein; denn das Recht der Pflichttheilsberechtigten und der Gläubiger darf jedenfalls nicht gekränkt werden, andere Personen aber können keinen Anspruch erheben, wenn sie nicht zu erweisen vermögen, daß der Erblasser sie berücksichtigt wissen wollte, und wenn es erweislich wäre, daß der Treuhänder den ihm bekannt gegebenen Absichten des Erblassers zuwider verfügt habe, so würde auch ohnehin dessen Verfügung der Anfechtung unterliegen [98]).

97) Siebenhaar a. a. O. sagt: „Obschon es nach dem vorliegenden §. gestattet ist, die Bestimmung des Erben und der Erbtheile, so wie des Vermächtnißnehmers und der Vermächtnisse nicht blos in das Ermessen (arbitrium) sondern in den Willen (merum arbitrium) eines Dritten zu stellen, so muß dennoch die Grenze objectiv festgestellt werden, über welche hinaus der Wille des Dritten nicht gehen darf, und hierauf beziehen sich die folgenden §§. 2087. 2088."

98) Daß der Dritte sich selbst bedenkt, ist allein noch kein Grund der Anfechtung. Siebenhaar a. a. O.: „daß

3) Von dem Willen des Vermächtnißnehmers selbst das Vermächtniß abhängig zu machen, ist unbedenklich, da dasselbe ohnehin diesem nicht gegen seinen Willen erworben wird. In der ausdrücklichen Verfügung: *si volet*, Titio do lego, wird aber auch eine wahre Bedingung des Vermächtnisses erkannt. Die Folge davon ist, daß nun der Vermächtnißnehmer die Annahme des Vermächtnisses erklären muß, damit dies legati cedat, und ohnedies das Vermächtniß nicht auf dessen Erben übergeht.

L. 69. D. de cond. et dem. XXXV. 1. (Gaius lib. XIII. ad leg. Jul. et Pap.):

Si ita expressum erit: *Titio, si voluerit, do lego*, apud Labeonem Proculus notat, non aliter ad heredem legatarii pertinere, quam si ipse legatarius voluerit ad se pertinere, quia conditio personae iniuncta videtur [99]).

Nicht blos „vom Standpunkt der Formularjurisprudenz war es ganz consequent, wenn man den Zusatz *si volet* bei einem Legat nicht als müßigen Zusatz, son-

der Dritte vermöge der ihm überlassenen Willkühr, sofern nicht etwas Anderes bestimmt ist, auch sich selbst zum Erben ernennen oder das Vermächtniß für sich in Anspruch nehmen könne, läßt sich mit Gründen nicht bezweifeln, hat auch an sich nichts der muthmaßlichen Absicht des Erblassers, der in der vorausgesetzten Weise verfügt hat, Widersprechendes."

99) Vgl. L. 65. §. 1. D. de legat. I. (Gai. lib. I. de legat.): *Illi si volet Stichum do* conditionale est legatum, et non aliter ad heredem transit, quam si legatarius voluerit, quamvis alias quod sine adiectione *si volet* legatum sit ad heredem legatarii transmittitur; aliud est enim iuris, si quid tacite continetur, aliud, si verbis exprimatur.

dern als Bedingung auffaßte" [100]); vielmehr sagt man auch vom Standpunkt des heutigen Rechts mit Recht: „vermacht man Jemanden etwas, ‚wenn er mag', so hat dies entweder keinen oder es hat den römischen Sinn; ihnen letzteren zu lassen, ist nicht Formularjurisprudenz, sondern die Folge der — auch heutzutage für jede Interpretation nothwendigen — Voraussetzung, daß kein Wort umsonst sei; ergäbe sich aber aus den Umständen, daß das Legat nicht als ein wirklich bedingtes beabsichtigt wäre, dann würden auch die römischen Juristen kein bedingtes angenommen haben" [1]). Die ganze Lehre von den Vermächtnissen gibt genugsamen Beweis dafür, daß die römischen Juristen, wo es darauf ankam, den wahren Willen des Verstorbenen zur Geltung zu bringen, sich nicht durch Formularjurisprudenz sklavisch die Hände binden ließen, und sind wir darnach nicht berechtigt, zu behaupten, daß sie den Mißgriff in den Worten nicht hätten verzeihen können. Wir aber haben wahrlich nicht Ursache, der Lässigkeit und dem Mangel an Ueberlegung im Ausdruck durch die Theorie noch Vorschub zu leisten dadurch, daß wir die berührte Auslegungsregel außer Acht lassen und einen Zusatz in der Willenserklärung leichthin ohne besondere Gründe als einen müßigen Zusatz behandeln. Man kann übrigens nicht sagen, daß diese Frage auf dem Boden des heutigen gemeinen Rechtes sehr streitig sei [2]), wenn anders Ihering, der in der Auffassung des römischen

100) Worte von Ihering in den Jahrb. für Dogmatik des heutigen röm. u. deutschen Privatrechts (1857) I. S. 35.

1) So bemerkt gegen Ihering a. a. O. Brinz Pand. II. S. 890.

2) So sagt Unger Erbrecht §. 38. Anm. 5. Vgl. dessen System II. §. 82. Anm. 9.

Rechts von Brinz abweicht, seine Worte mit Ueberlegung gewählt hat. Denn auch er sagt nur, daß, „wenn auch die obigen Worte gebraucht wären, aus den Umständen sich aber ergäbe, daß der Testator das Legat nicht als ein bedingtes beabsichtigt hätte, die Worte als müßiger Zusatz gelten müßten." Darnach sind diese zunächst und in der Regel nicht als müßiger Zusatz anzusehen, und müssen dagegen besondere Umstände dargethan werden, die dieses als dem Willen des Erblassers entsprechend erkennen lassen. Daher bestimmt mit Recht das sächsische Gesetzbuch §. 2118:

> „Hat ein Erblasser verfügt, daß der Bedachte das ihm Zugedachte haben solle, wenn er es haben will, so ist anzunehmen, daß die Verfügung von der Bedingung abhängen soll, wenn der Bedachte sich über die Annahme erklärt,"

wodurch der Gegenbeweis einer anderen Willensmeinung des Erblassers nicht ausgeschlossen ist [3]).

Dagegen findet sich Unger a. a. O. nicht, wie er glaubt, in Uebereinstimmung mit Jhering, wenn er sich dafür entscheidet, daß „im Zweifel" die Bedingung „wenn er will" als müßiger Zusatz anzusehen sei, und zwar auch nach österreichischem Recht, obwohl dieses die Transmission der Erbfolge auf die Erben des eingesetzten Erben ohne erklärte Erbantretung von Seiten des letzten stattfinden läßt, sowohl bei der Erbeinsetzung als bei Vermächtnissen.

3) Vgl. Siebenhaar a. a. O. S. 246. fg.

§. 1521.

Der Vermächtnißnehmer.

Wer kann mit einem Vermächtniß gültig bedacht werden?

Der Vermächtnißgeber ist der Urheber des Vermächtnisses; das Subjekt des Rechts, das jener durch seine letztwillige Anordnung hervorbringt, ist der Vermächtnißnehmer. Es fragt sich nun vor allem: Wer kann Vermächtnißnehmer sein? Wer also kann mit einem Vermächtniß wirksam bedacht werden? eine Frage, deren genauere Beantwortung der Commentar Bd. 44. S. 74. diesem §. 1521. vorbehalten hat. Antwort auf diese Frage gibt §. 24. J. de legatis. II. 20.:

Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est [4]).

Regel ist demnach: Ein Vermächtniß kann demjenigen hinterlassen werden, welcher, wie die heutige Terminologie es ausdrückt, passive Testamentifactio hat, demjenigen, welcher zum Erben eingesetzt werden kann [5]). Das Legat an andere Personen wird für nichtig erachtet [6]). Und zwar wird Testamentifactio des Legatars

4) „μεϑ' ὧν ἔχομεν τεσταμέντι φακτίωνα," so schreibt auch Theophilus zu §. 24. J. cit. mit lateinisch-griechischen Worten. Uebereinstimmend damit sagt L. 7. D. pro legato. XLI. 8. Nemo potest legatorum nomine usucapere, nisi is, cum quo testamenti factio est, quia ea possessio ex iure testamenti proficiscitur.

5) Vgl. das österr. bürg. Gsßb. §. 647. „Zur Gültigkeit eines Vermächtnisses ist nothwendig, daß es .... einer Person, die zu erben fähig ist, ... hinterlassen werde."

6) L. 3. pr. L. 4. D. de his quae pro non script. hab. XXXIV. 8.

wie des eingesetzten Erben schon zur Zeit der Errichtung der betreffenden letzten Willensordnung, dann aber auch noch oder wiederum zur Zeit des Anfalls des Vermächtnisses, beziehungsweise der Erbschaft, erfordert, während zeitweiliger Verlust derselben in der Zwischenzeit die Wirksamkeit der Verfügung nicht ausschließt [7]). In die-

7) L. 49. §. 1. L. 59. §. 4. D. de hered. instit. XXVIII. 5. Die erste Stelle gibt die Regel nur für Erbeinsetzungen nach Civilrecht; die andere setzt am Ende hinzu: „Idem et in legatis et in bonorum possessionibus." Beide sind schon ausführlich besprochen von Mühlenbruch in diesem Comment. Bd. 39. S. 120—158. Dessen Ausführung ist jedoch in zwei Punkten nicht zu billigen. Er stellt für die fragliche Regel bei Erbeinsetzungen und bei Legaten verschiedene Gesichtspunkte auf; dort leitet er dieselbe daraus ab, daß im Rechtssinn das Testament ein Geschäft mit dem Erben gewesen sei, hier aber findet er darin nur eine Anwendung der Catonianischen Regel. Das ist unhaltbar. Er gibt ferner, obwohl widerstrebend, der bis zur neueren Zeit freilich sehr verbreiteten Ansicht Raum, daß nach L. 62. pr. D. l. c. der zur Zeit Testamentsunfähige doch unter der ausdrücklichen Bedingung, wenn er später fähig werde, gültig zum Erben eingesetzt, also noch viel mehr mit Legaten bedacht werden könne. Auch das ist nicht gegründet. Vgl. dagegen Arndts im Rhein. Museum für Jurisprud. V. S. 209. fg. und in Weiske's Rechtslexikon III. S. 909. fg. Vangerow Pand. II. §. 540. Anm. I. 5. Sintenis Civilrecht III. §. 160. Anm. 4. Schirmer Erbrecht I. §. 4. Anm. 53—55. Der Commentar muß in der Erläuterung des Tit. Dig. de regula Catoniana. XXXIV. 7. (§. 1563.) darauf zurückkommen. — Neuere Gesetzgebungen übrigens weichen darin, und wohl mit Recht, vom römischen Rechte grundsätzlich ab, indem sie die Erbfähigkeit des Bedachten überhaupt nur im Zeitpunkt des Anfalls der Erbschaft oder des Vermächtnisses

ser Beziehung ist jedoch wichtig und war vollends nach vorjustinianischem Rechte sehr wichtig die Unterscheidung zwischen der passiven Testamentifactio und der bloßen Capacität, d. i. zwischen der Fähigkeit, im Testament zum Erben eingesetzt oder sonst bedacht zu werden, und der Fähigkeit, demzufolge die Erbschaft oder das Vermächtniß wirklich zu erwerben und zu behalten, welche letzte wohl zur Zeit der Testamentserrichtung fehlen konnte, ohne daß deshalb die Erbeinsetzung oder das Vermächtniß ungültig und dem Bedachten die Aussicht auf den künftigen Erwerb des ihm Zugedachten von voneherein abgeschnitten war — eine Unterscheidung,

erfordern. Preuß. Landrecht I. 12. §. 43. Oesterr. Gesetzb. §. 545. 546. 703. Hess. Entw. III. 76. Der Code Napoleon und das sächsische Gesetzb. sprechen sich nicht ausdrücklich darüber aus; die Jurisprudenz aber bekennt sich auch darnach zu demselben Grundsatz. Vgl. Unger Erbr. §. 5. Anm. 21. Gruchot Erbr. I. S. 368. fg. Ueber die Angemessenheit dieser Abweichung vom römischen Recht s. Savigny System VIII. S. 457. fg. Dagegen freilich Schirmer I. S. 43.: „Die Berufung eines Unfähigen ist ein in sich leerer und nichtiger Akt. Daher muß in dem Momente, wo sie ergeht — und dieser tritt für sich gesondert nur bei der Testamentserrichtung hervor — der Berufene die Successionsfähigkeit besitzen." Allein bei der letzten Willensordnung ist doch der Wille die Hauptsache; dieser aber hat die Zeit des Todes im Auge. Darum ist es nicht nothwendig ein leerer und nichtiger Akt, der darauf gerichtet ist, daß Jemand alsdann, seine Fähigkeit vorausgesetzt, die Erbschaft oder ein Vermächtniß erhalte. Höchstens könnte man im Fall irrthümlich vorausgesetzter Erbfähigkeit die Verfügung beanstanden, weil der Testator ohne den Irrthum den Unfähigen vielleicht gar nicht bedacht hätte, nicht erwartend, daß derselbe später fähig werde.

welche lange Zeit in der gemeinrechtlichen Doktrin fast ganz übersehen, erst in neuerer Zeit mit Recht bestimmter hervorgehoben und genauer erkannt worden ist [8]).

Welchen Personen nun nach römischem und nach heutigem Recht die sogenannte passive Testamentifactio zukomme, welchen sie fehle? welche also nach §. 24. J. l. c. mit Vermächtnissen gültig bedacht werden können? das ist schon in Beziehung auf die Erfordernisse einer gültigen Erbeinsetzung in §. 1438. 1438. a. u. 1438. b. des Comment. Bd. 39. S. 242. fg. Bd. 40. S. 1 — 108. sehr ausführlich erörtert worden. Um unnütze Wiederholungen zu vermeiden, darf hier im Ganzen auf jene Ausführung zurückverwiesen werden, welche es nicht vermeiden konnte, vielfach auch in Erörterungen über Vermächtnisse sich einzulassen, weil eben das Erforderniß der Testamentifactio den Vermächtnissen und der Erbeinsetzung gemeinsam ist. Indessen gibt es doch verschiedene Punkte, welche an diesem Orte noch besonders hervorgehoben oder einer näheren Prüfung unterzogen werden müssen.

I. Die Testamentifactio war nach römischem Recht bedingt durch das Bürgerrecht; sie fehlte dem Peregrinus, daher auch dem Deportirten, der des Bürgerrechts verlustig geworden war, aber die Freiheit behielt [9]). Für

8) Vgl. darüber Mühlenbruch im Comment. Bd. 39. S. 158 — 195. Dazu Arndts im Rechtslexikon III. S. 908. fg. Vangerow Pand. II. §. 420. Anm. 1. Sintenis Civilrecht III. §. 167. Anm. 15. Schirmer Erbr. I. S. 41. fg. Bering Erbr. S. 275. fg.

9) Vgl. Mühlenbruch Bd. 39. S. 242. fg. Latini hatten nach vorjustinianischem Recht Testamentifactio, aber die Latini Juniani waren incapaces. Mühlenbruch das. S. 169. fg.

Fideicommisse aber bestand diese Beschränkung ursprünglich nicht. Auch dem Peregrinus konnte fideicommissarisch ein Vermächtniß, sei es der Erbschaft oder einzelner Vermögensvortheile, hinterlassen werden. Gaius bemerkt sogar, daß vorzüglich zu diesem Zwecke die Fideicommisse in Aufnahme gekommen seien [10]), und Theophilus führt dies weiter aus, indem er den Fall setzt, daß ein römischer Bürger Verwandte peregrinischen Standes gehabt habe, die er zu Erben nicht einsetzen konnte, denen er aber gleichwohl sein Vermögen ganz oder zum Theil zuzuwenden wünschte [11]). Dies konnte insbesondere auch dazu benutzt werden, um einen geächteten Verwandten oder Freund auf den Todesfall zu bedenken, wie einen solchen Fall Cicero in der Rede über des Verres städtische Prätur bespricht [12]). Allein nachdem den Fideicommissen zwangsrechtliche Wirksamkeit beigelegt worden, wurden Fideicommisse zu Gunsten von Peregrinen, vielleicht zunächst mit Rücksicht auf die Möglichkeit, dadurch Exilirte zu begünstigen, untersagt und alsdann nach einer Oratio Hadrian's durch Senatsbeschluß verordnet, daß dergleichen Fideicommisse dem Fiscus verfallen sollten [13]). Eine Ausnahme davon soll Antoninus

10) Gai. II. 285. „peregrini poterant fideicommissa capere, et fere haec fuit origo fideicommissorum.“

11) Theophil. ad §. 1. J. de fideicommiss. hered. II. 23. — Auf eine andere Veranlassung zu fideicommissarischen Verfügungen weist das pr. J. de codicill. II. 25. hin, nämlich wenn ein römischer Bürger in der Provinz wegen Mangels fähiger Zeugen ein Testament zu errichten und daher einen Erben einzusetzen und Legate zu hinterlassen nicht im Stande war.

12) Cic. in Verrem II. 1. cap. 47. §. 123. 124.

13) Gai. l. c. „Sed postea id prohibitum est et nunc ex

Pius gemacht haben, indem er Griechen, welche römische Bürger geworden, gestattete, ihren peregrinisch gebliebenen Kindern ihr Vermögen zuzuwenden [14]). Durch jenen Senatsbeschluß war die bisherige Differenz zwischen Legaten und Fideicommissen in diesem Punkte keineswegs ganz beseitigt; dem Peregrinus war bezüglich der Fideicommisse nur die Capacitas abgesprochen, und zwar zum Vortheil des Fiscus; das Legat an einen Peregrinus war wegen Mangels der Testamentifactio des Bedachten schlechthin nichtig [15]). Zwar findet sich schon in Ulpian's Fragmenten (XXV. 6.) der Satz: „fideicommissa dari possunt his, quibus legari potest"; aber daraus ist nicht zu schließen, daß zu Ulpian's Zeit schon jener Senatsbeschluß antiquirt war. Denn dieser Satz muß nicht nothwendig exclusiv gedeutet werden, und daß zur Zeit des sehr fiscalischen Kaisers Caracalla das fragliche Vindicationsrecht des Fiscus aufgegeben war, ist um so weniger wahrscheinlich, da, nach der allgemeinen Verleihung des Bürgerrechts durch diesen Kaiser, dasselbe fast nur solche Fideicommissare traf, die durch Strafurtheil das Bürgerrecht verloren

oratione divi Hadriani senatusconsultum factum est, ut ea fideicommissa fisco vindicarentur."

14) Pausan. VIII. 43, 3. Vgl. Vering Erbr. S. 251. Anm. 1. Huschke iurisprud. anteiust. ad Gai. l. c. (ed. 2. pag. 206.). In dem Umstand, daß Gaius dieser den Griechen günstigen Ausnahme nicht erwähnt, findet Huschke einen Beweisgrund gegen Th. Mommsen's Vermuthung, daß Gaius ein Grieche in der Provinz Asien gewesen sei.

15) Unrichtig ist, was Roßhirt I. S. 96. vgl. mit S. 40. sagt: unter Hadrian schon sei hierin „die directe und die Fideicommiß-Succession exäquirt, und zwar im Geiste der directen Succseion."

hatten. Zudem geht aus einer Stelle der Digesten hervor, daß Ulpian dieses Recht des Fiscus noch als praktisch kannte; es ist L. 7. pr. D. de legat. III. (Ulp. lib. I. fideicomm.):

Si deportati servo fideicommissum fuerit adscriptum, ad fiscum pertinere dicendum est, nisi si eum deportatus vivo testatore alienaverit vel fuerit restitutus; tunc enim ad ipsum debebit pertinere.

Der Sklave hatte überall nur ex persona domini testamenti factionem; der fremde Sklave konnte nur zum Erben eingesetzt werden, wenn cum domino eius testamenti factio erat [16]), und nur unter derselben Voraussetzung konnte ihm ein Legat gültig hinterlassen werden [17]). Demzufolge mußte das dem Sklaven eines Peregrinus, eines Deportirten hinterlassene Legat eben so nichtig sein, wie das einem servus poenae, der gar keinen Herrn hatte, hinterlassene Legat [18]). Wenn gleichwohl Ulpian in der angeführten Stelle das dem Sklaven eines Deportirten ausgesetzte Vermächtniß dem Fiscus zuspricht, oder nach Umständen dem neuen oder dem begnadigten bisherigen Herrn des Sklaven, so erklärt sich dieses daraus, daß er nicht von einem Legat, sondern von einem Fideicommiß spricht, nach Gaius II. 285. aber das einem Peregrinus, also auch das einem Deportirten selbst hinterlassene Fideicommiß nicht nichtig war, sondern, wenn er Peregrinus blieb, dem Fiscus zufiel. Dies ist

16) Vgl. den Comment. Bd. 39. S. 211. fg.

17) L. 12. §. 2. D. de legat. I. Regula iuris civilis est, quae efficit, ut, quibus ipsis legare possumus, eorum quoque servis legare possimus.

18) L. 3. pr. D. de his quae pro non script. hab. XXXIV. 8.

aber auch die einzige Spur jenes Senatsbeschlusses, welche sich in's Justinianische Recht noch eingeschlichen hat; es ist daher begreiflich, daß L. 7. pr. cit. im Vergleich mit L. 12. §. 2. cit. und §. 24. J. l. c. den Auslegern des Justinianischen Rechts, welche von dem durch Gaius uns bekannt gewordenen Senatsbeschluß nichts wußten, große Schwierigkeiten und Bedenken bereitet hat [19]). Wir aber müssen ungeachtet der uns durch Gaius gewährten Aufklärung darüber der an sich dunkeln und singulären L. 7. pr. cit. den klaren Ausspruch des §. 24. J. l. c. für das Justinianische Recht als den entscheidenden festhalten und demnach zufolge der Verschmelzung von Legaten und Fideicommissen Testamentifactio des Bedachten im Justinianischen Recht als allgemeines Erforderniß der Vermächtnisse aufstellen, da

19) Vgl. vorzüglich Donell. comment. VI. cap. 17. §. 35. 36. (ed. Bucher vol. III. pag. 425—428.) Cuiac. ad L. 12. §. 2. D. de legat. I. (opp. VII. col. 985.), ad tit. Dig. de legat. III. L. 7. pr. cit. (opp. X. col. 1056.). Duaren. ad L. 12. §. 2. cit. Ant. Faber de erroribus pragmat. LXXIV. 8. 9. Ferd. de Retes ad tit. Dig. de interdictis et relegat. cap. 7. und excurs. analect. III. num. 5. (in Ottonis thesaur. V. col. 1212. sq. 1258. sq. 1270. sq.). Westphal I. §. 50. Duaren kommt der Wahrheit am nächsten, indem er zu neun variae opiniones über L. 7. pr. cit., „ut numerus plenior sit," eine zehnte hinzufügt, nämlich: Arbitror, fideicommissum posse relinqui deportato, quamvis ei legari non possit," womit auch übereinstimmt Nic. Antonius de exilio II. 18. 19. (in Meermanni thesaur. III. pag. 95. sq.); er hätte nur noch dazu bemerken sollen, daß der Deportirte jedoch regelmäßig nicht capere poterat fideicommissum, da er ebendaselbst zwischen Incapacität und Mangel der Testamentifactio richtig unterscheidet.

eine abweichende Regel für Fideicommisse nirgendwo vorkommt [20]). Was jedoch die Zeit betrifft, in welcher die Testamentifactio vorhanden sein muß, so ist consequent wohl auch hier, wie in Ansehung der Testamentifactio des Vermächtnißgebers [21]), der formlosen Natur des Fideicommisses insofern ein Einfluß einzuräumen, als das einem Unfähigen hinterlassene Fideicommiß gültig werden konnte, wenn derselbe vor dem Tode des Testators die erforderliche Fähigkeit erlangte und der letzte bis dahin seinen Willen nicht geändert hatte [22]). Aber dies wäre denn auch hier für das Justinianische Recht nur insofern zu behaupten, als nach diesem noch ein Vermächtniß in formloser Weise errichtet werden kann.

Uebrigens ist die hier erörterte Frage für das heutige gemeine Recht unerheblich geworden, weil nach diesem die Erbfähigkeit nicht mehr durch das Bürgerrecht bedingt ist und nicht mehr durch capitis deminutio maxima oder media verloren wird [23]).

II. Eine Ausnahme von der Regel in Ansehung des Zeitpunktes, in welchem Testamentifactio erfordert wird, ergab sich bei dem Soldatentestament, als welches einer bestimmten Form der Errichtung nicht bedurfte, aus gleicher Erwägung, wie bei Fideicommissen anderer Personen, sowohl für Erbeinsetzungen als für Vermächt-

20) So in Uebereinstimmung mit der gemeinen Meinung Arndts im Rechtslexikon VI. S. 287. fg. Anm. 58—60. Vering Erbr. S. 672. fg.

21) Vgl. oben §. 1520. S. 344.

22) „quasi nunc dato fideicommisso“ könnte man nach Analogie von L. 13. §. 2. D. de testam. mil. XXIX. 1. sagen.

23) Vgl. den Comment. Bd. 39. S. 242—244.

nisse jeder Art. Diese konnten, wenn auch zur Zeit der Testamentserrichtung dem Bedachten die Erbfähigkeit fehlte, doch hinterher wirksam werden, wenn jener nur vor dem Tode des Testators die Fähigkeit erlangt hatte und der Wille des letzten unverändert war [24]). Aber das Vorrecht der Soldaten erstreckte sich noch weiter. Es ist ihnen gestattet worden, auch solchen Personen, welche nicht Testamentifactio haben, noch auch dieselbe später erlangen, die Erbschaft oder ein Vermächtniß wirksam zu hinterlassen, vorausgesetzt nur, daß dieselben überhaupt erwerben können, und daß nicht ein besonderes gesetzliches Verbot entgegensteht. Ein Rescript von Severus Alexander — L. 5. Cod. de testam. mil. VI. 21. — spricht sich darüber folgendermaßen aus:

Ex testamento militis sive adhuc in militia sive intra annum missus honeste decessit, hereditas et legata omnibus, quibus relicta sunt, debentur, quia inter cetera, quae militibus concessa sunt, liberum arbitrium quibus velint relinquendi supremis (iudiciis suis) concessum est, nisi lex specialiter eos prohibuerit.

Und damit übereinstimmend sagt Ulpian, Alexanders Zeitgenosse: „Et deportati, et fere omnes, qui testamenti factionem non habent, a milite he-

24) L. 13. §. 2. D. de testam. mil. XXIX. 1. . . . . „Sed si servum poenae heredem scribat (miles), institutio non valebit. Sed si mortis tempore in civitate inveniatur, institutio incipit convalescere, *quasi nunc data hereditate*. Et generaliter in omnibus id poterit dici, quos miles scribit heredes, ut institutio incipiat vires habere, si mortis tempore talis inveniatur, ut a milite institui poterit (potuerit?).“

redes institui possunt [25]). Man hat nun zwar behauptet, dabei sei doch immer vorausgesetzt, daß der sonst Erbunfähige zur Zeit des Erbanfalls fähig sei; namentlich Mühlenbruch hat dies behauptet und die Nichtbeachtung dieser sehr wesentlichen Beschränkung getadelt [26]). Allein diese Meinung steht mit dem angeführten Rescript nicht im Einklang; sie beschränkt ungebührlich den Sinn des klaren Ausdrucks „omnibus, quibus relicta sunt, debentur." Sie wird auch widerlegt durch L. 13. §. 2. cit. (Anm. 24. 25.). Nachdem hier zuerst gesagt ist, daß der Soldat auch Deportirte und überhaupt fast alle, denen gleich diesen die Testamentifactio fehlt, zu Erben einsetzen könne (Anm. 25.), wird in der Fortsetzung (Anm. 24.) der Erbeinsetzung eines servus poenae die Wirksamkeit abgesprochen — begreiflich, weil dieser als Unfreier, der keinen Herrn hatte, absolut erwerbunfähig war [27]). Gleich-

25) L. 13. §. 2. D. l. c. im Anfang, woran sich die in Anm. 24. abgedruckten Sätze anschließen.

26) S. den Comment. Bd. 42. §. 1477. S. 74. fg. Mühlenbruch faßt das fragliche Vorrecht der Soldaten nur so auf, daß bei ihrer Erbeinsetzung eines Unfähigen die Bedingung, wenn er künftig fähig werde, hinzugedacht werde, die ein anderer Testator ausdrücklich beifügen müßte (vgl. oben S. 377. Anm. 7.). Ihm folgten in der Hauptsache Wening-Ingenheim Civilrecht III. 5. §. 124. Heimbach im Rechtslexikon X. S. 807. Puchta Pand.-Vorles. II. §. 371. Keller Pand. §. 499. Anm. 18. Vgl. Sintenis Civilrecht III. §. 177. Anm. 3.

27) Vgl. oben S. 382. Anm. 18. Donell. comment. VI. cap. 38. §. 11. Zu den Worten *sed si servum* bemerkt daher Schulting: „*qui ne utitur quidem iure gentium.*" Unhaltbar dagegen ist, was Mühlenbruch Bd. 42. S. 77. darüber bemerkt. Er nimmt an, daß den

wohl aber, so fährt Ulpian fort, könne der eingesetzte servus poenae Erbe werden, falls er zu Zeit des Todes des Erblassers wieder römischer Bürger sei, so, als ob ihn der Testator erst jetzt, also zu einer Zeit, da ihm die Testamentifactio nicht fehlt, zum Erben eingesetzt hätte. Und daran knüpft sich die allgemeine Bemerkung, daß im Soldatentestament überhaupt die Erbeinsetzung eines Unfähigen in Kraft trete, wenn nur zur Zeit des Todes des Testators der Eingesetzte ein solcher sei, den der Soldat zum Erben einsetzen könne. Diese Bemerkung kann nicht auch auf die vorgenannten „deportati et fere omnes" bezogen werden. Denn alsdann wäre ja zwischen dem servus poenae und dem Deportirten kein Unterschied und es könnte von jenem nicht im Gegensatze gegen diesen (sed si servum) gesagt werden, daß dessen institutio non valebit, da beider institutio unter derselben Voraussetzung wirksam sein würde. Mühlenbruch bemerkt, die Stelle entbehre des logischen Zusammenhangs nach unserer Auffassung; aber dazu ist er nur veranlaßt durch die Voraussetzung, daß der Deportirte, wenn er nicht restituirt werde, auch ex testamento

servi poenae durch ein ausdrückliches Gesetz die Testamentifactio entzogen worden sei. Nachdem einmal die servitus poenae eingeführt worden, war dies für die zu einer Strafe, welche dieselbe mit sich brachte, verurtheilten Verbrecher gewiß noch selbstverständlicher, als für Deportirte, die doch iure gentium erwerbfähig blieben. Ein Fehler ist es auch, wenn Mühlenbruch dort nur die zum Tode Verurtheilten als servi poenae in's Auge faßt, da doch nach dem Rechte der classischen Jurisprudenz und noch nach Justinianischem Pandektenrecht auch die in metalla oder in opus metalli Verurtheilten servi poenae waren. L. 17. D. de poenis. XLVIII. 19. Vgl. den Comment. Bd. 39. S. 243.

militis nicht erben könne. Er hätte vielmehr aus dem logischen Zusammenhange der Stelle folgern sollen, daß der Deportirte vom Soldaten gültig eingesetzt und demzufolge auch Erbe werden könne, wenngleich er vor dem Tode des Testators nicht das Bürgerrecht wiedergewinne. Mühlenbruch begeht zudem auch einen Fehler darin, daß er den Schluß der L. 5. Cod. cit. so deutet, als schließe er das liberum arbitrium militum in Ansehung aller Personen aus, denen durch ein besonderes Gesetz überhaupt die Testamentifactio entzogen sei. Jener Schluß lautet: „nisi lex specialiter *eos* prohibuerit," d. h. wenn nicht ein besonderes Gesetz sie, die Soldaten, hindert, einer gewissen Person etwas zu hinterlassen. Dies ist der Fall bezüglich der Häretiker nach L. 22. Cod. de haeret. I. 5. Aber gerade daß Justinian dies nach der allgemeinen Constitution über die Erbunfähigkeit der Häretiker (L. 5. Cod. eod.) noch besonders zu verordnen nothwendig fand, beweist, daß ohnedies das Privilegium der Soldaten in dieser Beziehung ungeachtet jener allgemeinen Constitution noch behauptet werden könnte. Dasselbe ist der Fall in Ansehung der mulieres probrosae nach L. 41. §. 1. D. de testam. mil. XXIX, 1. Aber auch in diesen Fällen muß nach L. 13. §. 2. cit. a. E. behauptet werden, daß die Erbeinsetzung im Soldatentestament hinterher wirksam werde, wenn die eingesetzte Person vor dem Tode des Testators erwerbfähig wird, der Eingesetzte der Häresie entsagt hat, die eingesetzte probrosa mulier wieder zu Ehren gekommen ist [28]). Der erste Satz

28) Im letzten Fall ist sogar allgemein nicht ein Mangel der Testamentifactio, sondern nur der Capacitas anzuerkennen, wie dies auch Mühlenbruch Bd. 39. S. 273. fg. behauptet, womit freilich dessen Bemerkung in Bd. 42.

der L. 13. §. 2. cit. ist hiernach so zu verstehen: Deportirte und auch sonst beinahe alle, denen die Testamentifactio fehlt, können vom Soldaten mit voller Wirkung zur Erbschaft berufen werden, wirksam, auch wenn sie zur Zeit des Todes des Testators noch in derselben Lage sind; der Mangel der Testamentifactio kommt bei ihnen im Soldatentestament nicht in Betracht, oder, wie es auch ausgedrückt werden kann, in Beziehung zum Soldatentestament haben sie die passive Testamentifactio, die ihnen sonst fehlt [29]).

Wer aber auch bezüglich der Erbeinsetzung diese Auffassung beanstanden möchte, muß dennoch in Ansehung der Vermächtnisse zugeben, daß sie im Soldatentestamente meistens auch dem sonst Erbunfähigen wirksam hinterlassen werden können. Dies ergibt sich aus

S. 75. nicht vereinbar ist. Vgl. Sintenis Civilrecht III. §. 177. Anm. 2.

29) So die Glosse ad L. 13. §. 2. cit. „sic ergo hic passive accipitur testamenti factio." Vgl. Voet ad pand. XXIX. 1. §. 6. Lauterbach colleg. theor.-pract. XXIX. 1. §. XIII. Wernheri comment. in pand. eod. tit. §. 12. Hofacker principia iur. civ. §. 1370. Dieselbe Meinung ist bei allen vorauszusetzen, die nur schlechthin sagen, daß der Soldat regelmäßig auch solche Personen, cum quibus non est testamenti factio, zu Erben einsetzen könne, wie Donell. VI. cap. 28. §. 11. Huber ad pand. XXIX. 1. num. III. Westenberg principia iur. XXIX. 1. §. 7. num. 4. Vinn. ad Instit. II. 11. pr. Hellfeld §. 1477. und unter den Neueren Thibaut Pand. §. 643. not. a. Göschen Civilrecht III. 2. §. 898. S. 290. Denn wer schlechthin sagt: eine Person könne eingesetzt werden, berechtigt zu der Annahme, daß diese demzufolge auch erben könne, wenn er dies nicht von einer Aenderung ihres rechtlichen Zustandes abhängig macht.

L. 7. §. 1. D. de legat. III. Ulpian sagt daselbst: Si miles deportato fideicommissum reliquerit, verius est, quod et Marcellus probat, capere [30]) eum posse. Dies heißt buchstäblich: der Deportirte könne das Fideicommiß erwerben, und kann schlechterdings nicht den Sinn haben: das Fideicommiß sei nicht von Anfang nichtig, sondern werde wirksam, wenn nur der Deportirte hinterher das Bürgerrecht wieder erlange; denn nach dem Hadrianischen Senatsbeschluß war damals das Fideicommiß an den Peregrinen nie nichtig; der Peregrinus konnte nur nicht capere fideicommissum, sondern dieses fiel dem Fiscus zu. Ulpian konnte nur sagen wollen, wenn ein Soldat das Fideicommiß hinterlassen habe, so finde dieses Vidicationsrecht des Fiscus nicht statt, sondern der Deportirte könne selbst das Vermächtniß erhalten [31]). Da nun im Justinianischen

30) Die Florentina hat *carere* statt *capere*. Vgl. die Note von Brenkmann in der Gebauer'schen Ausgabe der Digesten. Daß dies ein Fehler sei, ist nicht zweifelhaft und hat auch schon die Torellische Ausgabe ohne Bemerkung die Lesart *capere* aufgenommen.

31) Dies ausdrücklich hervorzuheben, hatte Ulpian, wenn die obige Ausführung richtig ist, eine naheliegende Veranlassung. Der Senatsbeschluß hatte Fideicommisse an Peregrinen dem Fiscus zugesprochen, ohne die von Soldaten hinterlassenen auszunehmen. Da aber der Soldat den Peregrinus und so auch den Deportirten sogar zum Erben einsetzen konnte, so, sagte man, muß consequent der Deportirte auch das ihm vom Soldaten hinterlassene Fideicommiß erwerben können. So dient L. 7. §. 1. cit. zugleich zum Beweise der Richtigkeit der obigen Auslegung von L. 13. §. 2. D. de testam. militis. XXIX. 1. — Ganz verkehrt war es hiernach, wenn Cuiacius vermuthete, das Wort *miles* sei erst von Tribonian eingeschwärzt worden, weil nach älterem Recht Jeder dem Pere-

Recht Legat und Fideicommiß verschmolzen sind, so ergibt sich, daß jedes im Soldatentestament einem Deportirten, geschweige denn einem anderen Peregrinus hinterlassene Vermächtniß vollkommen wirksam ist und dem Bedachten selbst erworben wird, ungeachtet er sonst nicht Testamentifactio hat.

Sofern übrigens nach Nr. I. a. E. im heutigen gemeinen Recht die Fälle der Erbunfähigkeit, die im römischen Recht noch vorkommen, überhaupt weggefallen sind, ergibt sich von selbst, daß die hier erörterte Streitfrage über den Umfang des Vorrechts der Soldatentestamente in dieser Beziehung nicht mehr von praktischer Erheblichkeit ist.

III. Die Regel des älteren Civilrechts, daß eine incerta persona nicht gültig zum Erben eingesetzt oder mit einem Legat bedacht werden könne [32]), wurde ursprünglich auf Fideicommisse ebenfalls nicht angewendet. Aber in dieser Beziehung wurden schon durch einen Senatsbeschluß unter Hadrian die Fideicommisse den Lega-

grinus ein Fideicommiß habe hinterlassen können. Cuiac. ad L. 12. D. de bonor. poss. (opp. VIII. col. 17.). Dagegen schon Retes l. c. col. 1272. sq. Vgl. Arndts im Rhein. Mus. V, S. 250. fg.

32) Ueber die Bedeutung dieser Regel s. Mühlenbruch im Comment. §. 1438. b. Bd. 39. S. 351. fg. Mit Recht bemerkt übrigens Brinz Pand. §. 177. S. 754., daß man nicht mit Mühlenbruch füglich sagen könne, die incerta persona sei erbunfähig oder ermangle der testamenti factio. „Von Personen, bezüglich deren noch ungewiß ist, wer sie sind, oder ob sie sein werden, läßt sich noch gar nichts sagen, weder daß sie t. f. haben, noch daß sie keine haben. Jener Satz ist nur ein anderer Ausdruck dafür, daß der Erbe certe demonstrirt werden müsse." Vgl. jedoch auch Mühlenbruch a. a. O. S. 352. Anm. 68.

ten wirklich gleichgestellt [33]), und wurde davon auch bei Soldatentestamenten keine Ausnahme zugelassen [34]). Demnach konnte weder ein Fideicommiß noch ein Legat wirksam in der Art angeordnet werden, daß die Person des Vermächtnißnehmers erst durch einen künftigen Umstand erkennbar werden sollte, gegenwärtig aber noch keine individuell bestimmte Person bezeichnet werden konnte, die bedingt oder unbedingt mit dem Vermächtniß bedacht sein sollte [35]). Darnach würde denn auch ein Vermächtniß zu Gunsten derjenigen, die künftig zur Intestaterbfolge des Erblassers berufen sein würden, oder

33) Gai. II. 238. 287. Ulpian XXIV. 18. XXV. 13. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 385. fg. Daß auch das einer incerta persona hinterlassene Fideicommiß dem Fiscus verfallen sei, sagt Gaius nicht; daß dies nicht der Fall war, beweist §. 25. J. de legat. II. 20., wornach dasselbe, wenn es aus Irrthum entrichtet worden, nicht zurückgefordert werden konnte, was unvereinbar ist mit der Annahme, daß der Fiscus ein Recht darauf hatte. Wenn daher Mühlenbruch a. a. O. Anm. 48. bemerkt, Hadrian habe dabei vermuthlich den Vortheil des Fiscus vor Augen gehabt, so kann diese Vermuthung nur in so fern zugelassen werden, als die Ungültigkeit des incertae personae relictum fideicommissum unter Umständen, z. B. als Vindicanten der belasteten pars caduca oder im Fall der L. 96. §. 1. D. de legat. I., auch dem Fiscus zum Vortheil gereichen konnte.

34) §. 25. J. l. c. „nam nec miles quidem incertae personae poterat relinquere, ut divus Hadrianus rescripsit.“

35) Gai. II. 238. „Incerta autem videtur persona, quam per incertam opinionem animo suo testator subiicit, (velut) . . . *qui primus ad funus meum venerit*, ... *quicunque ad funus meum venerit* . . . . . *quicunque filio meo in matrimonium filiam suam conlocaverit*, ... *qui post testamentum (scriptum primi) consules designati erunt*.

zu Gunsten der Verwandten desselben, nämlich der im Zeitpunkt des Todes vorhandenen, nicht gültig gewesen sein. Aber die gegenwärtig lebenden Verwandten waren individuell bestimmte Personen, und diese konnten daher nicht nur insgesammt, sondern auch einer von ihnen in der Art bedacht werden, daß, wem das Vermächtniß zukomme, von einem künftigen Umstande abhängig gemacht wurde; denn dieses war nicht anders, als ob jede einzelne von jenen bestimmten Personen unter der Bedingung, wenn in ihr jener Umstand zutreffe, bedacht worden wäre [36]). Man glaubt jedoch, daß ein „den Verwandten“ oder „der Verwandtschaft [37])“ hinterlassenes Vermächtniß schon zu Ulpian's Zeit wirksam gewesen sei auch zu Gunsten solcher Personen, die nur zur Zeit des Todes des Erblassers als Verwandte desselben sich vorfinden [38]). Den Beweis findet man in L. 19. pr. D. de reb. dub. XXXIV. 5. (Ulp. lib. XXV. ad Sab.). Hier wird zuerst bemerkt: Si cognatis legatum sit, et hi cognati quidem esse desierint, in civitate autem maneant, dicendum, deberi legatum; cognati enim testamenti facti tempore fuerunt.“ Dies gibt keinen Anstoß. Es sind die cognati, qui nunc sunt, bedacht, als individuell bestimmte Personen,

36) Gai. l. c. Sub certa vero demonstratione incertae personae recte legatur, velut: *ex cognatis meis, qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit, ei X milia heres meus dato.* Dasselbe Beispiel führt Ulpian an, XXIV. 18.

37) L. 19. §. 1. D. reb. dub. XXXIV. 5. Si quis cognationi leget, idem est atque si cognatis legasset.

38) So Mühlenbruch a. a. O. S. 362. Heimbach in der Gießener Zeitschr. für Civilrecht und Proz. N. F. V. S. 33.

welche dieselben bleiben, auch wenn sie später aufhören, Cognaten zu sein, z. B. ein Adoptivbruder, der sich arrogiren läßt. Aber die Stelle fährt fort: „Certe si quis testamenti facti tempore cognatus non fuerit, mortis tempore factus est per arrogationem, facilius legatum consequitur.“ Dies ist im Munde Ulpian's auffallend. Es setzt voraus, daß auch den cognatis, qui tempore mortis erunt, gültig vermacht werde und so z. B. der von einem Bruder des Testators später adoptirte Nichtverwandte auf das Vermächtniß Anspruch machen könne. Dabei aber fehlt es völlig an einer certa demonstratio personae, nicht weniger, als in den übrigen bei Gaius II. 238. angeführten Beispielen von incertae personae, und es harmonirt damit nicht, daß Ulpian wie Gaius in dem Beispiel eines Vermächtnisses an eine incerta persona sub certa demonstratione offenbar recht absichtlich sagt: „ex cognatis meis, *qui nunc sunt*,“ worüber Mühlenbruch a. a. O. Anm. 89. zu leicht hinweggeht. Es ist besonders auffallend, daß es sogar heißt: „*facilius* legatum consequitur;“ denn es liegt darin doch handgreiflich eine weitere Abweichung von der Regel, daß incertae personae legari non potest, als in dem zu Anfang der Stelle angeführten Falle. Man möchte daher vermuthen, daß hier eine Interpolation vorliege und Ulpian vielleicht geschrieben hatte: *difficilius* legatum consequitur.“ Indessen ist auch die Möglichkeit nicht abzustreiten, daß man in der Zeit nach Gaius das Vermächtniß zu Gunsten „der Verwandten“ überhaupt günstiger beurtheilte und sich nicht mehr durch die Schranke jener Regel beengen ließ, sowie man offenbar bei dem fideicommissum familiae relictum sich darüber hinwegsetzte. Durch Justinian's Con-

stitution de incertis personis aber, die uns leider nur im Auszug überliefert ist [39]), aber in den Institutionen in Bezug genommen wird [40]), ist nun diese Schranke überhaupt beseitigt. Die Regel des alten Rechts ist dadurch insofern ganz aufgehoben, daß nun auch die Erbeinsetzung und überhaupt das Bedenken einer zur Zeit der letztwilligen Anordnung nicht individuell bestimmten Person zulässig und wirksam ist, wofern nur die dermalige Unbestimmtheit des Subjekts durch später eintretende Umstände beseitigt wird und somit zu der Zeit, wo die Verfügung in Wirksamkeit treten soll, bestimmte Personen als diejenigen bezeichnet werden können, denen die Erbschaft oder das Vermächtniß zugedacht sei [41]). Darnach konnte nun auch ein Vermächtniß an

39) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 400. fg. Einen ausführlichen (dort noch nicht berücksichtigten) Auszug enthält der sog. Tipucitus (ein Repertorium zu den Basiliken: *τί ποῦ κεῖται*); diesen hat C.W.E. Heimbach seiner Ausgabe der Basiliken (IV. S. 437. fg.) einverleibt, und bezieht sich darauf eine ausführliche Abhandlung über Justinian's Constitution von Heimbach in der Gießener Zeitschrift a. a. O. S. 1—103.

40) §. 25—28. J. de legat. II. 20.

41) Mühlenbruch a. a. O. S. 404. fg. Arndts im Rechtslexikon S. 911. fg. Anderer Meinung ist zwar noch Heimbach a. a. O. S. 100. fg., mit Rücksicht auf den Auszug des Tipucitus, der allerdings so lautet als ob hierin Justinian nichts geändert habe; nach der Uebersetzung bei Heimbach a. a. O.: Et de eo, si quis dixerit, heredem sibi esse eum, qui post mortem suam primus consul fuerit factus, aut eum, qui ad sepulcrum suum venerit, aut eum, qui filiam suam testatoris filio nuptum collocaverit, aut eum, qui postea gener sibi factus fuerit, aut aliud quid his adsimile: quomodo eiusmodi institutio omni ex parte nullius

„die Verwandten“ oder an „die nächsten Verwandten“ nicht nur wirksam auch für diejenigen, welche erst später hinzukommen, ausdrücklich angeordnet werden, sondern ist wohl auch im Zweifel bei einem solchen Vermächtniß als Wille des Testators anzunehmen, daß er diejenigen bedacht haben wolle, die zur Zeit seines Todes diese Verwandten sein werden [42]). Die Regel „incertae personae neque legari neque fideicommissum relinqui posse“ ist nunmehr nur insofern noch wahr, als die Unbestimmtheit der bedachten Person auch späterhin nicht beseitigt wird, oder die Bezeichnung des Bedachten von Anfang an schon an sich so ungenügend ist, daß sich gar nicht erkennen läßt, auf wessen Begünstigung denn eigentlich der Testator es abgesehen habe.

IV. Mit der Regel des älteren Rechtes, daß nicht eine incerta persona zum Erben eingesetzt werden

momenti sit ideo, quod nomen heredis non contineat. Sed ne legatum quidem personis eiusmodi relictum valet. Et lege causam et finem legislatoris. Allein nach der Art, wie §. 25. 27. J. l. c. und Theophilus ad h. l. dieser Beschränkung des älteren Rechts in praeterito erwähnen und von der durch Justinian in dieser Beziehung getroffenen Anordnung reden („et huic parti medevimus“), muß man bei der herrschenden Meinung beharren und annehmen, daß die Constitution zuerst nur das bis dahin geltende Recht darlegte, dann aber in ihrem dispositiven Theile, worauf Tipucitus am Ende den Leser verweist, diese Beschränkung beseitigt habe, von deren Fortdauer im Justinianischen Rechte sich keine Spur findet. Vangerow Pand. II. §. 429. Anm. 3. unter Nr. 1. und a. (7. Aufl. S. 82. 84.).

42) Nach dem Auszuge des sog. Tipucitus hat Justinian's Constitution darüber so wie über Familienfideicommisse und verwandte Fälle eingehende Bestimmungen enthalten Vgl. Heimbach a. a. O. S. 33—69. S. 82. fg.

könne, stand in Verbindung der Rechtsatz, daß ein noch Ungeborner (Postumus) nicht eingesetzt werden könne [43]. Allein schon zur Zeit der classischen Juristen war die Möglichkeit, solche Personen, die zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht geboren waren, gültig zu Erben einzusetzen, selbst nach dem ius civile in Ansehung aller derjenigen anerkannt, welche, wenn noch bei Lebzeiten des Testators oder nach dessen Tode lebend geboren, zu den sui heredes desselben gehören würden (sui postumi) [44]), und nach prätorischem Recht wurde auch anderen noch vor ihrer Geburt zu Erben eingesetzten Personen (alieni postumi) durch bonorum possessio secundum tabulas zur Erbfolge verholfen [45]), endlich aber durch Justinian's Constitution die Einsetzung des alienus postumus auch civilrechtlich für vollkommen wirksam erklärt [46]). So kann denn nach Justinianischem Recht überhaupt eine Person, die zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht geboren ist, gültig zum Erben eingesetzt werden, mit Erfolg aber natürlich nur, wenn eine der vorläufigen Bezeichnung entsprechende Person nachher wirklich in's Dasein tritt. Dies ist bereits von Mühlenbruch in diesem Commentar Bd. 39.

43) Gai II. 242. 287.

44) Vgl. W. Franke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten (Göttingen 1831). §. 3. S. 19. fg. Mühlenbruch in diesem Comment. Bd. 36. §. 1421. h. S. 177. fg. Heumann über die Erbfähigkeit der Postumi in der Gießener Zeitschr. für Civilrecht u. Proz. Bd. 19. Nr. X. S. 309. fg.

45) L. 3. D. de bon. poss. sec. tab. XXXVII. 11. pr. J. de bon. poss. III. 9.

46) pr. J. l. c. §. 28. J. de. legat. II. 20. und Theophil. ad h. l.

S. 351. fg. S. 400. fg. ausführlich erörtert worden. Allein in einem wesentlichen Punkte hat dagegen Heumann a. a. O. S. 338. fg. Widerspruch erhoben, und diesen hat dann in Bd. 44. des Comment. S. 158. Anm. 12. Fein zugesagt in diesem §. 1521. zu widerlegen. Um dieses Versprechen zu erfüllen, muß hier in eine genauere Prüfung dieser Streitfrage eingegangen werden.

Heumann behauptet, unter dem postumus alienus, dessen Einsetzung nach älterem Recht durch bonorum possessio secundum tabulas aufrecht erhalten worden, nach Justinian's Constitution aber auch civilrechtlich gültig geworden sei, dürfe doch immer nur ein nachgeborener Descendent des Erblassers selbst verstanden werden; es sei also nach Justinianischem und heutigem Recht noch immer unzulässig die Einsetzung einer solchen Person, die erst nach Errichtung des Testaments als Descendent eines Dritten werde geboren werden. Dieser Behauptung steht entgegen der ganz allgemeine Ausspruch des Paulus in L. 3. D. de bon. poss. sec. tab. XXXV. 11.

> Verum est, *omnem* postumum, qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petere posse.

Heumann hält sich zu einer beschränkenden Auslegung dieses Ausspruches berechtigt, weil doch auch unter alienus oder extraneus postumus regelmäßig ein Descendent des Erblassers verstanden werde, ein solcher nämlich, qui natus inter suos heredes testatori futurus non est [47]), und Paulus bei jenem Satze nur diejenigen postumi im Sinne habe, die präterirt bo-

47) Gai. II. 241. §. 26. J. de legat. II. 20. cf. L. 4. 5. 9. 27. D. de lib. et post. XXVIII. 2.

norum possessio contra tabulas erlangen oder als Pflichttheilsberechtigte das Testament anfechten könnten. Dies könnte noch unterstützt werden durch die Bemerkung, daß L. 3. cit. demselben lib. XLI. ad edictum entnommen ist, in welchem nach L. 4. 6. 11. D. de bon. poss. contra tab. XXXVII. 4. L. 9. 11. 15. D. de legat. praest. XXXVII. 5. Paulus von der bonorum possessio contra tabulas gehandelt hat. Allein wenn auch Paulus seinen Satz nur in dieser besonderen Beziehung aufgestellt hätte, für das Justinianische Recht gewinnt er jedenfalls eine allgemeinere Bedeutung dadurch, daß ihm in dem Titel von der bonorum possessio secundum tabulas, von jeder solchen besonderen Beziehung abgelöst, der Platz angewiesen ist, und dies um so mehr, als die Basiliken gar nicht den postumus nennen, sondern dem Satze der L. 3. cit. die Wendung geben, daß darin nur der Umstand, ob der Eingesetzte noch bei Lebzeiten des Testators empfangen sei, als Voraussetzung der Wirksamkeit der Erbeinsetzung ausgesprochen wird [48]).

Daß aber unter postumus, alienus postumus, ein eigener Descendent des Erblassers gedacht werden müsse, wird ungeachtet der Einwendungen, die Heumann S. 340 dagegen erhebt, allerdings widerlegt durch L. 127. D. de legat. I. (Paul. lib. sing. de iure codicillorum), welche lautet:

> A fratris postumo fideicommissum dari potest; sola enim voluntas servatur in fideicommissis; et obtinuit Galli sententia, alienos quoque postumos legitimos nobis heredes fieri.

48) Bas. XXXV. 17. cap. III. (Heimb. IV. pag. 631.): Quisquis tempore mortis testatoris in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petit.

Zur Zeit des Aquilius Gallus konnten außer den sui heredes nur solche Verwandte, die nicht Descendenten des Erblassers waren, legitimi heredes sein; nur solche also waren in jener sententia Galli unter den alieni postumi im Gegensatz von sui postumi zu verstehen. Nun beweist zwar die Stelle nicht, daß jene auch zu Erben eingesetzt werden konnten; sie sagt nur, daß ein solcher als künftiger Intestaterbe mit einem Fideicommiß belastet werden könne; sie sagt auch nicht, daß er mit einem Fideicommiß bedacht werden könne. Aber etwas Anderes hat auch Mühlenbruch in der Stelle nicht gelesen. Wenn derselbe S. 379. sagt: es sei darin anerkannt: daß auch Nachgeborene eines Bruders „als gesetzliche Erben mit einem Fideicommiß belastet, mithin wenigstens in Codicillen berücksichtigt werden können", so konnte zwar der letzte Ausdruck leicht den Einwurf veranlassen, den Heumann dagegen vorbringt, aber nach dem ganzen Zusammenhang seiner Ausführung wollte doch Mühlenbruch damit nichts anderes sagen, als daß der nachgeborene Brudersohn schon im Voraus als künftiger gesetzlicher Erbe im letzten Willen ausdrücklich genannt und als persönlich Onerirter in's Auge gefaßt werden könne. Nun aber liegt es sehr nahe, zu denken, daß derjenige, welchen man solchergestalt, als hinreichend bestimmte, wenn auch vorerst nur mögliche Persönlichkeit, als künftigen gesetzlichen Erben belasten kann, doch wohl auch sollte zum Erben eingesetzt und im Voraus als möglicher testamentarischer Erbe belastet werden können, und wenn wir nun finden, daß der Prätor wirklich der Einsetzung von postumi alieni, die das Civilrecht nicht zuließ, durch bonorum possessio praktische Folge gab, so fehlt es an genügendem Grunde, dies nur auf solche alieni postumi, die

Descendenten des Testators waren, zu beschränken. Dies aber ist es, was Mühlenbruch a. a. O. S. 382. fg. behauptet, und mit vollem Rechte beruft sich derselbe auf pr. J. de bon poss. III. 9.; denn wenn hier allgemein gesagt wird: si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem iure civili adire non poterat, ... honorario tamen iure bonorum possessor efficiebatur, so träfe die Verfasser der Institutionen, falls sie der Meinung waren, daß dies gleichwohl auf den Bruderssohn nicht Anwendung finde, der Vorwurf großer Ungenauigkeit, da dieser in L. 127. cit. schlechthin zu den alieni postumi gezählt wird.

Als weiteren Beweis für seine Ansicht hat Mühlenbruch a. a. O. S. 378. die L. 6. pr. D. de inoff. test. V. 2. benutzt, und auch dieses Argument hat Heumann a. a. O. S. 341. nur mit nichtigen Einwendungen anzufechten versucht: Ulpian sagt:

> Postumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus suus heres vel legitimus potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore; sed et cognatorum, quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere.

Heumann S. 340. behauptet nun, unter dem postumus sei auch hier nur ein Descendent des Erblassers zu denken, und führt S. 339. Anm. 1. diese Stelle sogar als eine solche an, in welcher postumus gar nichts anderes bedeuten könne, als einen Descendenten des Erblassers; denn sie handle von der Querel über Pflichtwidrigkeit des Testaments, diese aber könne, „abgesehen von den seltenen Fällen, wo nachgeborene Geschwister dieselbe erheben, welche Fälle der Verfasser jener Stelle gewiß nicht im Auge hatte, nur nachgeborenen Descendenten des Erblassers zustehen." Diese Bemer-

kung ist aber ganz und gar verfehlt. Bekanntlich war es noch zur Zeit Ulpian's nicht fest bestimmt, welche Verwandte die Querel mit Erfolg anstellen konnten. Eltern und Kindern wurde sie unbedingt zugestanden, in Ansehung der Seitenverwandten aber bemerkt Ulpian in L. 1. D. eod.: Cognati enim proprii [49]), qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent. Dadurch ist klar genug angedeutet, daß der Bruder allerdings mit Hoffnung auf Erfolg die Beschwerde vor dem Centumviralgericht erheben konnte; daß dies nur dann der Fall sein solle, wenn ihm eine unehrenhafte Person vorgezogen worden, ist erst lange nachher gesetzlich bestimmt worden [50]). Warum sollte nun dieser Fall so selten vorgekommen sein, daß Ulpian in L. 6. cit. gar nicht daran gedacht hätte, in demselben lib. XIV. ad edictum, woraus auch L. 1. eod. entnommen ist? [51]) Ganz gewiß vielmehr, darf man sagen, hat er daran gedacht. Dies geht daraus hervor, daß er neben dem suus auch den legitimus heres nennt. Darunter hat er nach dem Sprachgebrauch der Klassiker gewiß nur, und jedenfalls vorzugsweise den

49) Haloander liest *proximi*, Mommsen deutet als Textbesserung an *proprie ii*; ich vermuthe, daß Ulpian geschrieben hatte: *Agnati enim proximi*.

50) L. 27. Cod. de inoff. test. III. 28. L. 1. Theod. Cod. eod. II. 19. (Constantinus, post Chr. a. 219.). Vgl. Mühlenbruch im Comment. Bd. 35. S. 229. fg.

51) Valerius Maximus (VII. 8, 4.) berichtet von einem Fall, wo ein präterirter Bruder zwar nicht die Querel wirklich erhoben hat, sondern „cineres fratris quietos esse passus est," aber nach der Ansicht des Berichterstatters mit unzweifelhaftem Erfolg hätte erheben können.

agnatus proximus und nach L. 1. cit. insbesondere den frater consanguineus verstanden [52]). Civilrechtlich gesetzliche Erben waren damals außer den Agnaten nur die Mutter ex senatusconsulto Tertulliano und das Kind ex senatusconsulto Orphitiano [53]). Die erste kann hier natürlich nicht in Betracht kommen, da die Mutter unmöglich als postuma ihres eigenen Kindes querelberechtigt sein kann [54]). Der andere Fall ist allerdings wohl denkbar, obgleich höchst selten, wenn nämlich das Kind noch lebend aus dem Leibe der gestorbenen Mutter abgelöst wird; aber darauf wird am Ende der L. 6. pr. cit. in besonderem Zusatz Rücksicht genommen [55]). Es ist also einleuchtend, daß Ulpian zu Anfang der Stelle gerade einen frater consanguineus postumus im Auge gehabt hat. Dann aber berechtigt auch nichts, bei dem folgenden die Cognaten betreffenden Satze ausschließlich nur an Descendenten des Erblassers zu denken, nicht auch z. B. den emancipirten Bruder darunter begriffen zu halten. Nun fährt aber Ulpian fort:

52) Collatio leg. Mos. et Roman. XVII. cap. 6. 7. Dig. de suis et legitimis. XXXVIII. 16. Vgl. Mühlenbruch Bd. 35. S. 148.

53) L. 2. §. 4. D. unde legitimi. XXXVIII. 7. Dig. ad sc. Tertull. et. Orphit. XXXVIII. 17.

54) Das Tertullianische Erbrecht der Mutter war übrigens bekanntlich ausgeschlossen durch das agnatische Erbrecht des frater consanguineus und konkurrirte mit dem der soror consanguinea. Daraus erklärt sich, daß man bezüglich der Querel die Geschwister nicht unberücksichtigt lassen zu können glaubte.

55) „Simili modo et eum, qui post testamentum matris factum exsecto ventre extractus est, posse queri dico."

Quid ergo? iis imputatur, cur intestati non decesserant? [56]) sed hoc nemo apud iudicem potest impetrare; non enim interdicitur testamenti factione. Hoc plane ei imputare potest, cur eum heredem non scripserit; potuit enim scriptus heres in possessionem mitti ex clausula de ventre in possessionem mittendo; item natus secundum tabulas haberet.

Er macht sich selbst die Einwendung: wie kann man dem Erblasser einen Vorwurf daraus machen, einen solchen Postumus nicht bedacht zu haben, da ja nach dem bestehenden Civilrecht derselbe, er sei denn ein suus postumus, nicht gültig eingesetzt werden kann? Es kann ihm doch nicht zugemuthet werden, deshalb gar kein Testament zu machen? Aber er beseitigt dieses Bedenken durch die Bemerkung, daß der eingesetzte Postumus iure honorario durch bonorum possessio secundum tabulas dennoch zur Erbfolge hätte gelangen können, so wie die Cognaten im Falle der Intestaterbfolge auch nur nach prätorischem Recht erben konnten, und daß ihm, wenn er zur Zeit des Todes des Erblassers noch ungeboren war, jenes Erbrecht vorläufig durch missio in possessionem ventris nomine gesichert werden könnte [57]).

56) So interpungiren mit Recht die meisten Ausgaben. Es ist nicht zu billigen, daß in der Kriegel'schen Ausgabe das Fragezeichen nach *Quid ergo* fehlt.

57) Vgl. L. 6. D. de ventre in poss. mitt. XXXVII. 9. Extraneo postumo herede instituto non aliter venter in possessionem mittitur, nisi mater aliunde se alere non possit. Zu der Uebersetzung dieser Stelle in den Basiliken (XL. 4. cap. 9. Heimb. IV. pag. 72.) bemerkt ein Scholion aus den Digesten des Dorotheus, Justi-

Hiernach gibt L. 6. pr. cit. für sich allein schon einen vollkommenen Beweis, daß zur Zeit des Ulpian und Paulus auch ein alienus postumus, der nicht Descendent des Erblassers war, mit der Wirkung zum Erben eingesetzt werden konnte, daß er, wenn er nur noch bei Lebzeiten des Erblassers empfangen worden, lebend geboren zur bonorum possessio secundum tabulas berufen war. Und daß nun vollends nach Justinianischem Recht solche Erbeinsetzung vollkommen und zwar auch civilrechtlich wirksam sei, kann dann nach dem pr. J. de bonorum poss. III. 9. gar nicht mehr bezweifelt werden. Dagegen vermag auch das Argument, welches Heumann a. a. O. S. 342. fg. aus §. 28. J. de legat. II. 20.[58]) für seine Ansicht hernimmt, nicht aufzukommen. Wenn auch die Beschränkung, die hier bezüglich der Einsetzung eines postumus alienus hinzugefügt wird, so zu verstehen ist, daß dabei der Postumus als ein vom Testator selbst mit einer bestimmten Frau, die nicht seine Gattin sein kann, erzeugtes Kind voraus-

nian's Zeitgenossen: „ἐνταῦθα δε γάςερα ἐξωτικὴν ἔλαβεν ὀυ τὴν μη τικτούσαν σόνον, ἀλλα καὶ τὴν μη τικτούσαν τὸν ἐξ ἀδιαθέτου μέλλοντα κληρονομεῖν“ („hoc autem loco ventrem extraneum accepit non eum, qui suum non parit, sed et eum qui ab intestato successurum non parit“). Daraus geht hervor daß Dorotheus nach L. 3. D. de b. p. s. t. XXXVII. 11. die Einsetzung eines jeden auch des gar nicht verwandten Postumus als wirksam ansah. Vgl. Heimbach in der Zeitschr. für Civilrecht u. Proz. N. F. V. S. 16. Anm. 26.

58) „Postumus autem alienus heres institui et antea poterat et nunc potest, nisi in utero eius sit, quae iure nostro uxor esse non potest.“ Vgl. dazu Mühlenbruch in Bd. 39. S. 388. fg.

gesetzt werde, so genügt dies doch nicht, um gegen den oben dargelegten klaren Inhalt der Quellen die Behauptung zu begründen, daß überall unter dem postumus alienus, dessen Einsetzung als wirksam angesehen wird, ein Descendent des Testators gedacht werden müsse. Aber die Stelle der Institutionen spricht auch buchstäblich nicht von der Frau des Testators; sie sagt absolut „quae iure nostro *uxor* esse non potest;" sie kann auch so verstanden werden, daß es unzulässig sei, sein oder eines Anderen nachgeborenes Kind von einer Frau, die nicht dessen rechtmäßige Gattin nach römischem Recht sein könne, einzusetzen [59]).

Ich glaube hiermit die in Bd. 44. S. 158. von Fein gegebene Zusage vollständig erfüllt und die Richtigkeit des von Mühlenbruch in Bd. 39. S. 351. fg. verfochtenen Satzes, daß auch ein Postumus, der nicht Descendent des Erblassers ist, gültig zum Erben eingesetzt werden könne, gegen jede Anfechtung gesichert zu haben [60]). Aber die Erbeinsetzung einer noch nicht geborenen Person kann doch nur dann Erfolg haben, wenn diese zur Zeit des Todes des Testators wenigstens schon als Embryo (nasciturus) in's Dasein getreten

59) Darüber und zugleich über die Frage, ob auch uneheliche Postumi eingesetzt werden können, ist mit Mühlenbruch a. a. O. zu vergleichen Heimbach a. a. O. S. 17. fg. Siehe auch Arndts im Rechtslexikon III. S. 913. Anm. 30—34. Schrader ad §. 28. J. h. t. II. 20. Huschke iurisprud. anteiust. ad Gai. II. 241. not. 186.

60) Vgl. auch Vangerow Pand. II. §. 429. Anm. 3. Seuffert Pand. §. 533. Wening-Ingenheim Civilrecht V. §. 44. Note w. Sintenis Civilrecht III. §. 167. Anm. 17. Vering Erbrecht S. 263. fg. Tewes Erbr. II. §. 22. S. 149. Köppen Erbr. I. S. 309. Anm. 42.

ist [61]). Zwar ist auch dies nicht unbestritten [62]). Allein, daß Justinian's constitutio de incertis personis in dieser Beziehung nicht das ältere Recht geändert habe, wird nicht nur durch die Aufnahme der L. 3. D. de bon poss. sec. tab. in die Digesten bewiesen [63]), sondern auch durch den Auszug jener Constitution von Tipucitus bestätigt [64]).

Es fragt sich nun, wie verhält es sich mit Vermächt-

61) L. 3. D. de bon poss. sec. tab. XXXVII. 1. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 406—426.

62) Vgl. die Citate bei Mühlenbruch a. a. O. S. 414. Anm. 9. Mayer testament Erbrecht. S. 38.

63) Dabei ist insbesondere, was Mayer nicht beachtet, von entscheidender Bedeutung, daß die Stelle in dem Titel de bon. poss. *secundum* tabulas steht und vom Tode des Testators spricht. Vgl. oben S. 398. Anm. 48. Arndts im Rechtslexikon S. 913. Anm. 33. u. Pand. §. 471. Anm. 1. b. Schirmer Erbr. §. 4. Anm. 1. Köppen S. 308. Anm. 38.

64) Heimbach a. a. O. S. 22. fg. Der sog. Tipucitus sagt, nach Heimbach's Uebersetzung: Quemcunque postumum qui vult recte scribit heredem, imo etiam legatum et fideicommissum ei relinquit, scilicet si non prohibebatur ei heres esse vel si in rerum natura erat (*ἢ εἰ ἦν ἐν φύσει*). Non permittit heredes scribi incertos, nisi postumus sit (*ἐι μὴ ἄρα κυοφορούμενος ἔιη*); in hoc enim nominis eius necessitatem supplet uterus eum gestans et pater. In der Zeitschrift a. a. O. übersetzt Heimbach das Wort *κυοφορούμενος* richtiger durch conceptus. Hiernach möchte man sogar annehmen, daß der eingesetzte Postumus schon zur Zeit der Testamentserrichtung conceptus sein sollte. Dagegen jedoch mit Mühlenbruch a. a. O. übereinstimmend Heimbach S. 26. fg. Vangerow Pand. II. §. 429. Anm. 3. b. Köppen a. a. O.

nissen zu Gunsten von Personen, die zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht geboren sind?

Daß einem postumus suus, der selbst iuri civili gültig zum Erben eingesetzt werden konnte, auch ein Legat hinterlassen werden könne, war zur Zeit des Gaius nicht mehr zweifelhaft. Aber eben so entschieden wird das Legat an einen postumus alienus, ohne Unterschied, ob dieser ein Descendent des Erblassers, z. B. ein emancipirtes Kind, war oder nicht, für ungültig erklärt [65]). Das Fideicommiß war bis auf Hadrian auch an diese Beschränkung nicht gebunden. Aber durch den von diesem veranlaßten Senatsbeschluß wurde auch das Fideicommiß gleicherweise unwirksam [66]). Allein dies wurde in der Folgezeit nach Gaius nicht durchaus festgehalten. Daß noch zur Zeit des Gaius selbst Fideicommisse zu Gunsten des postumus alienus wieder als gültig anerkannt worden seien, ist zwar eine an sich nicht wahrscheinliche Annahme, die auch der Begründung durch die Quellen entbehrt [67]). Aber wenn ein „den Ver-

65) Gai. II. 241. Postumo quoque alieno inutiliter legatur.

66) Gai. II. 287. Vgl. oben S. 392. Anm. 33.

67) Mühlenbruch in Bd. 39. S. 387. fg. schließt es aus L. 5. §. 1. . . . L. 7. D. de reb. dub. XXXIV. 5. Für den Fall „si tibi et postumo suo vel alieno hereditatem restituere quis rogaverit" wird hier entschieden, daß, wenn ein Postumus geboren werde, der Anspruch des anderen Fideicommissars sich nur auf einen Theil beschränke. Aber es liegt, wie auch Mühlenbruch anerkennt, sehr nahe, die Worte *vel alieno* für interpolirt zu halten, Heumann a. a. O. S. 334. Heimbach a. a. O. S. 28., und wenn man der Meinung ist, daß ein solches Fideicommiß nicht nichtig gewesen, sondern dem Fiscus verfallen sei (vgl. oben S. 392. Anm. 33.), so

wandten“ oder „der Familie“ hinterlassenes Vermächtniß in dem Sinne, wie oben S. 393. fg. angegeben ist, zugelassen war, so gereichte dieses wenigstens auch zum Vortheil Solcher, die erst nach der Testamentserrichtung geboren wurden. Und kaum glaublich ist es, daß, nachdem der Erbeinsetzung des fremden Postumus nach prätorischem Recht ein Erfolg gesichert war, bis auf Justinian doch das Legat an denselben durchaus aller Wirkung entbehrt habe. Nach dem edictum de legatis praestandis wurden die in einem nicht civilrechtlich nichtigen Testament enthaltenen Erbeinsetzungen zu Gunsten von Eltern und Kindern gegenüber der bonorum possessio contra tabulas aufrecht erhalten. So also auch die Erbeinsetzung eines postumus alienus, der ein Descendent des Erblassers war. Sollte nun ein demselben hinterlassenes Vermächtniß unbeachtet geblieben sein? Um der querela inofficiosi testamenti vorzubeugen, konnte der Testator einen alienus postumus wirksam zum Erben einsetzen. Sollte es nicht möglich gewesen sein, denselben Zweck durch Anordnung eines Vermächtnisses zu erreichen, das demselben den Pflichttheil zuwandte? durch ein Vermächtniß, das dem enterbten suus postumus jedenfalls die Möglichkeit, das Testament durch die Querel anzufechten, benahm? Wenn auch in §. 26 J. h. t. schlechthin gesagt wird: „postumo quoque alieno inutiliter legabatur“, so möchte diese vermuthlich mit Rücksicht auf Gaius eingeflochtene historische Bemerkung kaum genügen zu beweisen, daß bis dahin noch alle Vermächtnisse der Art aller Wirksamkeit entbehrt haben.

bedarf es dieses Auswegs nicht einmal. Vgl. L. 7. D. de legat. II. Huschke iurisprud. anteiust. ad Gai. II. 287. not. 205.

Wie es sich damit auch verhalten haben mag, jedenfalls ist durch Justinian's Constitution das Vermächtniß eben so wie die Erbeinsetzung zu Gunsten eines noch Ungebornen allgemein zugelassen und die Beschränkung des alten Rechts zu einer Antiquität geworden [68]). Bei Vermächtnissen kann aber selbst nicht das Erforderniß festgehalten werden, daß der bedachte Postumus wenigstens noch beim Leben des Erblassers empfangen sein müsse. Dem Familienfideicommiß wird nämlich schon im Recht der classischen Juristen eine solche Ausdehnung gegeben, daß damit jenes Erforderniß nicht verträglich erscheint [69]). Indessen kann dieses als eine Eigenthümlichkeit eines solchen Vermächtnisses betrachtet werden, das wesentlich darauf berechnet ist, ein Vermögen nach einander auf mehrere Generationen zu übertragen [70]), und es ist daher bedenklich, allgemein jedes einzelne Vermächtniß an einen Nachgeborenen von jener Schranke loszusagen, so daß man jedem Nachkommen einer bestimmten Person in spätester Generation ein Vermächtniß aufbehalten könnte [71]).

68) §. 26 — 28. J. h. t. II. 20. Vgl. Heimbach a. a. O. S. 28. fg. Heumann a. a. O. S. 335. fg.

69) L. 32. §. 6. D. de legat. II. In fideicommisso, quod familiae relinquitur, hi ad petitionem eius admitti possunt, qui . . . . . ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit. Vgl. Mühlenbruch Bd. 39. S. 412. fg. Seuffert's Arch. III. Nr. 309.

70) Vgl. den Commentar zu §. 1585. (Dig. XXXVI. 1.)

71) Auch die Stelle des Tipucitus (Anm. 62.) spricht dagegen, indem sie die Voraussetzung „εἰ ἦν ἐν φύσει“ sowohl

V. Mit der Regel, daß eine incerta persona nicht eingesetzt werden könne, wird ferner auch in Verbindung gebracht, daß die Einsetzung einer Stadtgemeinde nicht statthabe, nach Ulpian's Bemerkung (fragm. XXII. 5.): „nec municipium nec municipes heredes institui possunt, quia incertum corpus est.“ Es ist jedoch schon von Anderen bemerkt worden, daß der angegebene Grund hier nicht in demselben Sinne zutrifft, in welchem oben unter Nr. III. die Unbestimmtheit des bedachten Subjekts als ein Hinderniß gültiger Erbeinsetzung hervorgehoben wurde; denn von einer Unbestimmtheit in Ansehung des Subjekts der Erbeinsetzung kann, wo eine bestimmte Stadtgemeinde namentlich zur Erbschaft berufen ist, in der That nicht die Rede sein; es kann nur die Frage sein, ob eine solche überhaupt als erwerbfähig, und ob sie insbesondere als fähig, Erbschaften zu erwerben, anerkannt sei [72]). Daß nun aber theils schon zur Zeit der classischen Juristen theils nach späterem Constitutionenrecht, wie der Staat oder der Fiscus, so auch Stadt- und Dorfgemeinden, daß ferner auch Korporationen anderer Art nach besonderer Verleihung, daß in heidnischer Zeit viele Gottheiten oder deren Tempel, in christlicher Zeit die Kirchen und die manchfaltigen mit der Kirche in Verbindung stehenden Wohlthätigkeits-Anstalten, ja daß zuletzt selbst „die Armen“ oder „die Gefangenen“ mit rechtlicher Wirkung zu

auf Vermächtnisse als auf Erbeinsetzung bezieht. Doch sehen die Meisten Vermächtnisse überhaupt ohne diese Beschränkung für gültig an. Mühlenbruch a. a. O. Köppen Erbr. I. S. 309. fg. Tewes Erbr. I. §. 7. II. §. 83. Nr. III.

72) Savigny System des heut. R. R. II. S. 301. Brinz Pand. §. 235. S. 1084. fg.

Erben eingesetzt werden konnten, daß endlich die Möglichkeit, zum Vortheil von Korporationen oder zu sog. milden Zwecken (ad piam causam) Vermächtnisse anzuordnen, im weitesten Umfang gewährt war: alles dieses ist schon von Mühlenbruch in diesem Commentar [73]) so ausführlich und erschöpfend auseinander gesetzt worden, daß es an diesem Orte nicht mehr nöthig ist, auf die betreffenden Bestimmungen im Einzelnen einzugehen. Es ist in dieser Beziehung auch von keinem erheblichen Einfluß, ob man an der bisher herrschenden Vorstellung von juristischen Personen als einer Art von nur im Begriff existirenden Rechtssubjekten festhält oder der in neuester Zeit ihr entgegengestellten Theorie vom „Zweckvermögen" beipflichtet [74]).

Für das heutige Recht kann als unbestreitbare allgemeine Regel aufgestellt werden, daß jede als juristische Person bereits bestehende Korporation oder Stiftung mit einem Vermächtniß gültig bedacht werden könne, wenn man auch Bedenken tragen mag, zu behaupten, daß eine Erbeinsetzung in gleichem Umfange allgemein statthaft sei.

73) Bd. 39. S. 423 — 470. Damit zu vergleichen, in Rücksicht auf den Auszug des sog. Tipucitus Heimbach a. a. O. S. 69 — 77. 85 — 87. Vangerow Pand. II. §. 429. Anm. 3. Nr. 3. c. Arndts im Rechtslexikon III. S. 313. fg. VI. S. 287.

74) Zuerst angedeutet von Brinz Pand. Vorrede S. XI. §. 177. S. 754. fg., dann adoptirt und zum Theil ausgeführt von Demelius, die Rechtsfiktion S. 85. und in den Jahrb. für Dogmatik des Privatrechts IV. 2., Imman. Bekker in Goldschmidt's Zeitschr. für Handelsrecht IV. S. 505. fg., Randa im Archiv für Handelsrecht XIV. 4., jetzt ausführlich entwickelt von Brinz Pand. §. 225 — 244. S. 979 — 1150., insbesondere S. 1064. fg. 1084. fg.

In einer Beziehung aber müssen wir der Ansicht und Ausführung Mühlenbruch's entgegentreten.

Dieser behauptet, durch letztwillige Verfügung könne nicht eine selbständige Stiftung erst begründet, nicht eine erst in Folge derselben zu errichtende Stiftung zur Erbin eingesetzt oder mit Vermächtnissen bedacht werden. Nur so viel gibt er zu, daß für reine Wohlthätigkeitszwecke, Sorge für Arme und Kranke, Loskauf von Gefangenen, die Erbschaft oder ein Vermächtniß bestimmt werden könne, mit solchen Anordnungen, welche eine dauernde Anstalt zur wirksamen Verfolgung jener Wohlthätigkeitszwecke mit sich bringen, ja, daß auch die Einsetzung einer solchen erst errichtenden Wohlthätigkeitsanstalt als wirksam anzuerkennen sei, in dem Sinne, daß das Vermögen mit jener Anordnung dem bestimmten Wohlthätigkeitszwecke gewidmet sein solle. Allein er sträubt sich gegen die Annahme, daß solcherweise durch Privatwillen allein eine Stiftung als eigene juristische Person in's Leben gerufen werden könne, und verwirft noch entschiedener die Ansicht, daß, was das Justinianische Recht in Ansehung der darin begünstigten „reinen Wohlthätigkeitszwecke" bestimmt, auch anzuwenden sei auf letztwillige Verfügungen zur Förderung anderer gemeinnütziger Zwecke. Demgemäß erkennt Mühlenbruch zwar das bekannte Blum'sche Testament, worin „ein zu errichtendes Waisenhaus" zum Erben eingesetzt war, als rechtsbeständig an, bestreitet aber die Gültigkeit des noch berühmteren Städel'schen Testaments, dessen Urheber ein hiermit von ihm gestiftet werdendes Kunstinstitut zu seinem Universalerben eingesetzt hatte, obwohl zugegeben wird, daß der Kaufmann Städel seinen Zweck in der Weise hätte erreichen können, daß er die Stadt Frankfurt zum Erben unter der Auflage einsetzte, ein

Kunstinstitut ganz nach den Normen und näheren Bestimmungen, die der Testator für das von ihm angeblich schon gestiftete aufgestellt hat, erst zu errichten [75]).

Diese Ausführung nun muß als unhaltbar verworfen werden. Was nämlich vorerst die im Justinianischen Recht ausdrücklich genehmigten Wohlthätigkeitszwecke betrifft, so kann man in jedem Falle, wenn das denselben gewidmete Vermögen durch die mit der Ausführung des letzten Willens betrauten Organe nicht einer schon bestehenden Wohlthätigkeitsanstalt zugewiesen wird, der Anerkennung einer durch den letzten Willen hervorgebrachten Stiftung gar nicht entgehen. Sogar dann, wenn es in Ermangelung anderweitiger Anordnungen des Erblassers den Umständen angemessen gefunden wird, das ganze „den Armen" oder „den Gefangenen" hinterlassene Vermögen seinem Kapitalbestande nach zu vertheilen, ist es doch unvermeidlich, einstweilen, bis diese Absicht realisirt ist, das Dasein eines Vermögens zuzugeben, das nicht mehr blos die ruhende Erbschaft ist, das aber auch nicht einem bestimmten individuellen Subjekt zugehört, also, wenn gleich nur vorübergehend, als eigenes Stiftungsvermögen besteht, dessen berechtigter Vertreter auch die zur Erreichung jenes Zweckes erforderlichen Rechtsgeschäfte, z. B. Veräußerungen, für dasselbe abschließen kann. Denn, wie Mühlenbruch will, die Armen oder die Gefangenen selbst als die eigentlichen Erben zu betrachten, deren Repräsentant nur der Vollzieher des letzten Willens sei, das ist ein in jedem Falle, da hier durchaus nicht bestimmte einzelne Personen als Erbfolger in Betracht kommen, juristisch unmöglicher

75) Vgl. den Comment. Bd. 39. S. 451—470. Bd. 40. S. 1—108.

Gedanke. Wenn aber vollends entweder nach dem muthmaßlichen Willen des Erblassers und im Sinne desselben oder gar nach dessen ausdrücklicher Anordnung das Vermögen zur Gründung einer fortdauernden Wohlthätigkeits-Anstalt bestimmt wird, so ent- und besteht diese unläugbar als ein sog. pium corpus, als selbständige juristische Person zufolge der letztwilligen Anordnung, und namentlich in dem zweiten Falle ist nicht zu läugnen, daß die Stiftung als solche unmittelbar durch die letztwillige Anordnung geschaffen werde. Wenn z. B. der weiland Blum ein zu errichtendes Waisenhaus zum Erben einsetzte, so kann es doch nicht darauf ankommen, ob nun ein bestimmtes Waisenhaus erbaut oder eingerichtet sei, das vielleicht, noch ehe es seinem Zwecke übergeben ist, gegen ein anderes geeigneteres vertauscht werden kann; nicht dadurch erst bestimmt sich der Anfang der Stiftung, sondern diese ist unmittelbar durch das Testament gegeben, und Alles, was weiter in jener Richtung geschieht, fällt in das Bereich der Verwaltung der bereits bestehenden Stiftung. Mühlenbruch zwar (Bd. 40. S. 47. fg.), indem er die Wirksamkeit der Erbeinsetzung einer erst zu errichtenden Anstalt dieser Art zugibt, erklärt es gleichwohl für falsch, daraus zu folgern, daß die Stiftung durch das Testament zugleich Persönlichkeit erhalte. Aber was denn dieselbe nun für ein Wesen sei, das erklärt er nicht. Es liegt ein Vermögen vor, dessen Subjekt nicht irgend eine greifbare Person ist, das nur einem bestimmten Zwecke gewidmet ist, welchen Zweck selbst Mühlenbruch als das Subjekt jener Erbeinsetzung ansieht. Dieses Vermögen bedarf der Verwaltung durch einen Vertreter; die Verwaltung wie die Verwendung des Vermögens und der durch jene erzielten Einkünfte desselben zu dem bezeichneten

Zwecke erfordert mehr oder minder eine Reihe von einzelnen Rechtsgeschäften, die im Namen und Interesse der Stiftung abzuschließen sind und durch welche für diese Rechte erworben oder aufgegeben, Verbindlichkeiten contrahirt werden. In dem erwähnten Falle bedarf es solcher Rechtsgeschäfte schon, um nur den Anfang mit der Vollziehung des letzten Willens zu machen, um das Waisenhaus zu erbauen oder anzukaufen und einzurichten. Was mangelt nun hier noch an der Persönlichkeit, die ja doch nur eine gedachte sein kann? Was Mühlenbruch noch vermißt, kann nur die specielle Anerkennung der Stiftung als einer juristischen Person, die Verleihung der juristischen Persönlichkeit durch ein Organ des Staatswillens sein, indem er von der Voraussetzung ausgeht, daß die Erschaffung eines solchen eigenen Rechtssubjekts durch Privatwillen unmöglich sei. Es ist auch unzweifelhaft, daß dergleichen nicht statthaben kann, wo nicht die Rechtsordnung es zuläßt. Aber darin liegt der Fehler, daß dazu eine besondere Anerkennung im einzelnen Fall für erforderlich gehalten wird. Wenn ein Rechtsatz die letztwillige Widmung eines Vermögens zur Gründung und Erhaltung einer Wohlthätigkeitsanstalt im Allgemeinen als wirksam anerkennt, so ist eben dadurch schon für jeden einzelnen Fall die Anerkennung der Stiftung gegeben, sobald die gesetzlichen Voraussetzungen der Wirksamkeit der betreffenden letztwilligen Anordnung eingetreten sind. Es ist alsdann sofort ein selbständig zu verwaltendes, nur einem bestimmten Zweck gewidmetes Vermögen vorhanden, das, keiner natürlichen Person gehörend, gleichsam als ein eigenes Rechtssubjekt gedacht wird, und weiter ist zum Dasein einer Stiftung nichts erforderlich. Einer besonderen Anerkennung derselben möchte man etwa die Bedeutung

beilegen wollen, daß nun diese Stiftung auch anderweitige Erwerbungen durch Schenkung oder letztwillige Zuwendung zu machen fähig sei. Aber daß sie erst dadurch dazu fähig werde, das muß gerade als ganz falsch in Abrede gestellt werden. Schenkungen und letztwillige Verfügungen ad piam causam sind nach den Constitutionen der christlichen Kaiser, insbesondere Justinian's, überhaupt im weitesten Umfange für gültig erklärt und gesetzlich begünstigt. Darnach kann es gar nicht bezweifelt werden, daß letztwillige Verfügungen zu Gunsten einer von einem Anderen letztwillig angeordneten Wohlthätigkeitsanstalt eben schon als Verfügungen zu demselben frommen Zwecke gültig und wirksam seien und dem Willen des Erblassers gemäß in Verbindung mit jener Anstalt zur Vollziehung zu kommen haben. So konnte die Blum'sche Waisenhausstiftung sofort nach dem Tode des Testators, ehe noch der Grundstein zum Bau des beabsichtigten Waisenhauses gelegt worden, unbedenklich auch noch von Dritten letztwillig bedacht werden und auf diese Weise einen Vermögenszuwachs erhalten, ohne erst eine besondere Verleihung der juristischen Persönlichkeit an dieselbe voraussetzen zu müssen, und es liegt auch kein Grund vor, diesen Zuwendungen die gesetzlichen Begünstigungen der dispositiones ad piam causam zu versagen.

Wenn hiernach die Erbeinsetzung einer zu errichtenden Wohlthätigkeitsanstalt für sich schon eine Stiftung bewirkt, so unterliegt es auch nicht dem geringsten Bedenken, die Erbeinsetzung für gültig zu erklären, worin die beabsichtigte Anstalt als schon gestiftete oder errichtete bezeichnet wird. Der Wille, eine solche milde Stiftung in's Leben zu rufen, kann sich kaum prägnanter zu erkennen geben, als indem der Testator,

der zur Verwirklichung seiner Absichten bei Lebzeiten selbst schon Hand angelegt hat, in jener Weise über die Erbschaft verfügt und die von ihm thatsächlich bereits errichtete Anstalt selbst als seinen Erben bezeichnet. Daß diese zur Zeit und bis zu seinem Tode noch ganz von seinem Willen abhängig ist, nicht als schon vollendete Stiftung, als juristische Person existirt, erst durch den Tod des Testators als solche in's Dasein treten kann, das kann so wenig in diesem Falle wie in dem vorerwähnten der Erbeinsetzung einer zu errichtenden milden Anstalt hindern, jenem Willen rechtliche Folge zu geben, wo die Gesetzgebung so entschieden, wie es im Justinianischen Recht wirklich der Fall ist, die Tendenz kund gibt, letztwillige Verfügungen zu solchen Zwecken, ungehindert durch blos formelle Rücksichten, aufrecht zu erhalten und deren Ausführung so viel möglich nach den muthmaßlichen oder ausdrücklich ausgesprochenen Intentionen des Erblassers zu sichern. Es wäre ein dem Geiste dieser Gesetzgebung auffallend widerstreitender Formalismus, wenn man nur deßhalb, weil der Testator nicht einen anderen Ausdruck seines Willens gewählt hat, und nur wegen des logischen Bedenkens, daß die Erbeinsetzung einer juristischen Person die Existenz dieser letzten schon voraussetze, also nicht diese durch jene erst geschaffen werden könne, dem unzweifelhaften Willen des Erblassers die Wirksamkeit absprechen wollte. Die Ausführung Mühlenbruch's leidet an dem Mangel, daß sie nicht vor allem den materiellen Gehalt der hierher gehörigen Gesetze in's Auge faßt und entwickelt, sondern zu viel aus dem theoretischen Begriff der juristischen Person argumentirt und den Parallelismus derselben mit natürlichen Rechtssubjekten übertreibt, an dem Mangel richtiger Erkenntniß, daß die Stiftung wesentlich nichts anderes ist

als ein zu einem milden Zweck ausgesetztes, mit Selbstständigkeit ausgestattetes (als Person gedachtes) Vermögen, in der Erbeinsetzung einer Stiftung aber nur die letztwillige Qualification des Erbvermögens zu einem Stiftungsvermögen liegt.

Die hier vertheidigte Ansicht, die schon in der von Mühlenbruch a. a. O. berücksichtigten älteren Litteratur ihre Vertreter hatte, hat denn auch seit dem Erscheinen des 40sten Bandes dieses Commentars (1838) noch mehr Anhänger gewonnen [76]), und stimmen im Resultat mit derselben auch diejenigen Rechtsgelehrten überein, welche an die Stelle der traditionellen Lehre von juristischen Personen eine Lehre vom „Zweckvermögen“ setzen [77]). Es steht auch kein Bedenken entgegen, dieser Ansicht bezüglich der im Justinianischen Recht anerkannten milden Zwecke nach heutigem Recht auch

76) Mit Mühlenbruch stimmen noch Göschen Civilrecht I. §. 67. Savigny System II. §. 89. Sintenis Civilrecht I. §. 15. Anm. 24. Seuffert Pand. I. §. 55. Keller Pand. §. 39. Vangerow Pand. I. §. 60. P. Roth in Gerber's und Jhering's Jahrb. für Dogmatik des Privatrechts I. S. 196. fg. S. 205. fg. Tewes Erbr. I. §. 22. S. 154. fg. — Dagegen aber vgl. Kierulff Civilrecht I. S. 150—152. G. F. Puchta in Richter's krit. Jahrb. IV. S. 707. fg. und in d. Vorles. über das heut. röm. Recht I. §. 28. Arndts in Weiske's Rechtslexikon III. S. 914. fg. Anm. 47—58. u. Pand. §. 46. Windscheid Pand. I. §. 60. Anm. 2. Beseler, deutsches Privatrecht I. §. 72. Bluntschli, deutsches Privatrecht I. §. 45. Unger, System des österreich. Privatrechts I. S. 349. u. im Erbr. §. 14. Anm. 8.

77) So Demelius in den Jahrb. für Dogmatik IV. S. 139. fg. und vorzüglich Brinz Pand. §. 234. S. 1069—1074.

dann Raum zu geben, wenn und obgleich dieselben nicht mehr, wie es dort vorausgesetzt wird, in engerer Beziehung zur Kirche gedacht und gestellt sind. Denn was in dieser Beziehung die römischen Gesetze bestimmen, das betrifft nicht sowohl die Frage der Gültigkeit und Zulässigkeit solcher letztwilliger Anordnungen als vielmehr nur die Ausführung derselben und die Verwirklichung der Absichten des Erblassers, insoweit dieser nicht selbst durch besondere Bestimmung dafür Vorsorge getroffen hat, und sofern nun durch Gebrauch oder Gesetz die sonst den kirchlichen Autoritäten überwiesene Obsorge dafür anderen Organen anheimgefallen ist, so kann dieses allein auf die Gültigkeit und Wirksamkeit jener Anordnungen keinen störenden Einfluß ausüben. Bedenklicher erscheint die Frage, ob dieselben Grundsätze auch auf letztwillige Verfügungen zu anderen gemeinnützigen Zwecken, die nicht im Justinianischen Recht im Allgemeinen anerkannt sind, anzuwenden seien? wofür das oft erwähnte Städel'sche Kunstinstitut ein Beispiel darbietet. Aber die bejahende Beantwortung auch dieser Frage wird durch folgende Erwägungen gerechtfertigt:

Schon die Glosse führt als Beispiel von piae causae gemeinnützige Anlagen an, die mit Frömmigkeit nichts zu thun haben, nämlich Brücken und Strassen, und zwar aus einer Veranlassung und in einer Weise, die nicht den mindesten Zweifel darüber verrathen [78]). Nach ihr zählt dahin Wilhelm Durantis, der

78) Glossa ad L. 1. §. 5. D. ad legem Falcid. XXXV. 2. Zu den Worten „item ea quae Deo relinquuntur" bemerkt die Glosse: „ad pias causas, ut pontes et itinera" und nimmt dabei Bezug auf L. 7. Cod. de sacros. eccles. I. 2., die freilich nur sagt, daß zur Her-

berühmte Speculator (gest. 1296.), freilich nur mit dem Zwischensatz: „ut dicunt quidam,“ „Item etiam . . . quae relinquntur ad custodiam civitatis et locorum . . . vel ad refectionem pontium et viarum et murorum et fossatorum civitatis et castrorum et similium,“ nämlich „si necessitas immineat, aliter non [79]),“ und diese Meinung fand auch sonst noch unter den Postglossatoren zahlreiche Anhänger; Paulus de Castro aber (gest. 1441.) gab derselben den allgemeinen Ausdruck: „omnis lex facta ob publicam utilitatem dicitur favorabilis et pia,“ und diesem folgend sagt im 16. Jahrh. Andreas Tiraqueau: „Item quidquid ob publicam utilitatem, id pie dicitur, uti expresse voluit Paulus Castr.“, indem er zugleich noch mehrere Vertreter derselben Ansicht namhaft macht und neue Beispiele gemeinnütziger Verfügungen, die im Justinianischen Recht nicht als piae causae genannt sind, anführt [80]). In gleicher Weise findet sich eine Ausdehnung dieses Begriffs auch in der folgenden Zeit in der Praxis und Theorie anerkannt und im 18. Jahrh. trägt J. H. Böhmer [81]) in diesem Sinne unter Berufung auf andere Autoren und die Praxis die Lehre von piis causis vor. Insbesondere wurden Schenkungen und letztwillige Verfügungen zu Unterrichtszwecken, Stipendienstiftungen für Studirende, nicht blos

stellung von Brücken und Straßen auch kirchliche Grundstücke beitragspflichtig seinen. Vgl. Nov. 131. cap. 5.

79) Speculum iudiciale lib. II. part. II. §. 13. num. 63.

80) Paulus Castrensis consilia II. num. 194. Tiraquellus de privilegiis piae causae (opp. V. pag. 4. sq.) in der praefatio. pag. 10. Vgl. Mühlenbruch im Comment. Bd. 40. S. 43. Anm. 74.

81) Jus ecclesiast. protestant. III. 5. §. XXII—XXVIII.

ad studium theologicum, dahin gerechnet, und nicht blos zur Unterstützung für arme Studirende, wenn gleich diese vorzüglich bedacht zu werden pflegten, und bekanntlich bestehen noch heutzutage zahlreiche solche Stipendienstiftungen, die zum Theil schon aus dem 15. und 16. Jahrhundert herrühren. So machte sich von der Zeit der Glossatoren her bis zur neuesten Zeit die Ansicht geltend, daß man nicht auf die im Justinianischen Recht besonders genannten piae causae sich zu beschränken und nicht den Zusammenhang mit der Kirche als ein wesentliches Moment zu betrachten habe. Das Gewicht dieser rechtshistorischen Thatsache wird auch nicht gemindert dadurch, daß J. H. Böhmer sich veranlaßt fand, gegen eine schrankenlose Ausdehnung des Begriffs der pia causa Verwahrung einzulegen [82]), noch auch dadurch, daß zum Theil durch wunderliche Begründung die Ausdehnung auf gemeinnützige Zwecke zu begründen versucht wurde, wie Balthasar Thomasius Vermächtnisse für Befestigung einer Stadt u. dgl. zu den frommen zählte, weil dahinter Waisen und Gebrechliche geschützt leben [83]).

82) Böhmer l. c. §. XXVII. XXVIII.

83) Vgl. Elvers Erörter. (Comment. Bd. 40. S. 5. Anm. 2.) S. 229. Anm. 89. 90. Brinz Pand. S. 1076. Als bestätigend die in der Praxis herrschende Meinung wird daselbst die Frankfurter Reformation Th. 4. Tit. 11. angeführt. So auch sagt das baier. Landrecht III. 4. §. 5. „Unter causis piis aber sind nicht nur Kirchen, Spitäler, Waisenhäuser, sondern auch was zum Unterricht der Jugend in nützlichen und nöthigen Dingen, Unterhalt armer Bedürftigen, Erlösung Gefangener, oder sonst unmittelbar zur Ehre Gottes oder zum Dienste des Publikums gereichen mag.“ Gruchot Erbr. I. S. 359.

Dagegen wird nun freilich die Einwendung erhoben, daß jene älteren Rechtsgelehrten unter pia causa nur den Zweck verstanden haben, zu dessen Beförderung eine Verfügung gereichen sollte, ohne daß dabei an eine selbständige fortdauernde Stiftung zu denken sei, wie sie die neuere Terminologie unter pia causa zu verstehen pflege [84]). Allein, wenn zugegeben werden muß, daß nach Justinianischem Recht zur Förderung der darin begünstigten milden Zwecke nicht nur schon bestehende Korporationen oder milde Anstalten sub modo zu Erben eingesetzt oder mit Vermächtnissen bedacht werden konnten, sondern auch unabhängig davon ein selbständig zu verwaltendes Vermögen dafür zu widmen und so eine eigene Stiftung herbeizuführen möglich war, so steht nichts entgegen, dasselbe auch in Beziehung auf piae causae in jenem weiteren Umfange, auf alle Verfügungen zu gemeinnützigen Zwecken, zuzulassen und anzuerkennen. Und auch das ist in der Praxis wirklich geschehen. Beweis die zahlreichen Stipendienstiftungen, dergleichen eine in den von Böhmer a. a. O. mitgetheilten Rechtsgutachten unbedenklich anerkannt wird [85]). Manche derselben waren ursprünglich auf Zusammenwohnen der Stipendiaten unter bestimmter Leitung gerichtet (Bursen), und stellten sich so durch das dazu bestimmte Haus gewissermaßen sichtbar als bleibende Anstalten dar, wurden dann aber später in der Weise fortgeführt, daß die Einkünfte des Stiftungsvermögens nur als Geldunterstützung an einzelne Studirenden verliehen wurden, wie in gleicher

84) Mühlenbruch im Comment. Bd. 40. S. 43.

85) Jus eccles. III. pag. 276. sq., wo am Ende hinzugefügt wird: Haec ita in praxi communiter observantur, non habita distinctione, quibus haec studiorum subsidia suppeditentur, egenis an bene peculatis.

Weise manche ehemalige Damenstifte nicht mehr als Convikte, sondern nur in der Art fortbestehen, daß einzelne Fräulein mit einer Präbende in Geld beliehen werden. So besteht an der Wiener Hochschule noch eine aus dem 15. Jahrh. herrührende, von Breslau dorthin übertragene sogenannte Schlesische Bursa-Stiftung, nach welcher die Stiftlinge ursprünglich in einem Hause vereinigt leben sollten, deren Einkünfte jetzt aber längst nur mehr zur Verleihung jährlicher Stipendien in Geld an einzelne Studirende verwendet werden. Darin liegt nur eine Aenderung in der Verwaltung und in der Art und Weise der Verfolgung des Stiftungszwecks, Unterstützung von Studirenden; es ist nichtsdestoweniger dieselbe Stiftung, juristisch dieselbe Quasi-Person, obgleich sie kein Haus mehr besitzt, und steht als selbständige durch letztwillige Verfügung vor Jahrhunderten gegründete Stiftung ganz auf gleicher Linie mit einer erst vor wenigen Jahren ebenfalls letztwillig errichteten Stipendienstiftung, deren Fundation vorzüglich in der Mehrzahl von 72 Antheilen an einem Hause besteht, mit der Anordnung, daß die Verwaltung auf den Erwerb des Allein-Eigenthums des Hauses bedacht sein solle, welches alsdann die Inschrift „Wattmannisches Stiftungshaus“ erhalten soll, obwohl nicht die Absicht ist, darin ein Convikt der Stiftung zu errichten, sondern dasselbe nur als Hauptvermögensstück der Fundation erhalten bleiben soll. Einleuchtend ist es, daß diese Stiftung keine andere wird, wenn der Erwerb des ganzen Hauses bewerkstelligt ist, daß sie als selbständige Stiftung, d. i. sofern man Stiftungen überhaupt unter diesen Begriff subsumirt, als eigene juristische Person jetzt schon besteht, daher auch z. B. die übrigen Hausantheile durch Vermächtniß erwerben könnte, und daß

sie, wenn dieses geschehen, als dieselbe Stiftung fortbestehen wird.

Aber — so wird weiter denjenigen, welche eine gemeinnützige Stiftung durch Erbeinsetzung oder Vermächtniß für möglich erklären, vorgehalten, — „schon die Anwendung dieses Satzes auf durchaus gewöhnliche und naheliegende Fälle hätte vom Gegentheil überzeugen müssen; denn sonst müßte man auch die Stiftung einer juristischen Person darin erblicken, wenn ein Testirer seinen Park und Garten dem Publikum zum Belustigungsorte eröffnet und zur Unterhaltung desselben eine Summe Geldes aussetzt, oder wenn er ein Vermächtniß zur Errichtung einer Eisenbahn anordnet, — indem die Gemeinnützigkeit dieser Dispositionen sich gewiß nicht verkennen läßt“ [86]).

Darauf läßt sich einfach antworten mit der Frage: Warum denn nicht? Es ist darin weder ein „seltsames Resultat“ noch eine „Absurdität“ zu erkennen. In dem von Kaiser Joseph II. gegründeten Augarten bei Wien, mit der merkwürdigen Inschrift „Allen Menschen gewidmeter Erlustigungsort von ihrem Schätzer,“ suchen und finden im Sommer Hunderte und Tausende, der drückenden Hitze und dem schwülen Dunst der Stadt entfliehend, Erholung und Stärkung durch bessere Luft und erfrischenden Pflanzenduft, Arme, die in ungesunden Wohnungen eingepferchtleben, alte Leute und Kranke oder Genesende, die nicht auf's Land hinausziehen können, zahllose Kinder, die den Tag in dumpfigen Schulzimmern verbracht haben, u. s. w. Ist das nicht eine wohlthätige Anstalt, wenn auch zugleich solche, die auch anderweitig ihre Erholung zu suchen vermöchten, derselben genießen?

86) Mühlenbruch im Comment. Bd. 40. S. 46. 49.

Wenn nun ein Privatmann diese Anlage geschaffen, dieselbe letztwillig für alle Zeiten demselben Zwecke gewidmet, zugleich sie mit dem erforderlichen Kapital zur Erhaltung und Verschönerung, auch etwa zur Veranstaltung von sonntäglichen Musikproduktionen ausgestattet, und eine von dem Erben wie von dem löblichen Gemeinderath unabhängige Verwaltung dafür angeordnet hätte — wäre das nicht eine Stiftung, die man mit vollem Recht ebensowohl eine mildthätige als eine gemeinnützige nennen könnte? Es ist gerade dieses ein geeignetes Beispiel, um zu zeigen, wie nahe sich Gemeinnütziges und Wohlthätiges berühren und das eine das andere in sich schließen kann, eine bestimmte Scheidelinie zwischen beiden oft schwer zu ziehen ist. Eben so kann es sich verhalten bei einer Stiftung, die eine Stadt mit gesundem Wasser zu versehen oder einen sumpfigen Landstrich zu entwässern bezweckt, oder bei der Gründung einer Bade- und Schwimmanstalt, welche Leidenden Heilung, Gesunden Stärkung unentgeltlich oder mit geringen Kosten zu gewähren bestimmt ist. Und eben so wenig hat man Grund, an der von Mühlenbruch erwähnten Anlage einer Eisenbahn Anstoß zu nehmen. Kann eine Eisenbahngesellschaft unzweifelhaft mit Korporationsrechten bestehen, warum sollte nicht eine Eisenbahn, die mit Verzicht auf jeden Gewinn für die Gründer einem verlassenen oder verarmten Landstrich eine leichte und wohlfeile Verbindung mit anderen Verkehrswegen darbietet, unterstützungsbedürftigen Landwirthen oder Gewerbtreibenden zu geringstem Tarif oder nach Umständen unentgeltliche Beförderung von Personen und Waaren gewährt, als eine wahrhaft wohlthätige Stiftung anerkannt und gebilligt werden? So vermischte sich Gemeinnütziges und Wohlthätiges auch in dem be-

strittenen Städel'schen Kunstinstitut, das Allen Gelegenheit bieten sollte, durch Anschauung den Kunstsinn zu wecken und zu bilden, das hoffnungsvollen Künstlern und Kunstjüngern durch unentgeltliche Einräumung von Ateliers und Verleihung von Reisestipendien zum Zweck ihrer weiteren Ausbildung zu Hülfe kommen sollte, das somit wahrlich eine pia causa mit eben so gutem Rechte genannt werden konnte, als die Stiftung eines Universitätsstipendiums oder die zur Erhaltung von Brücken und Straßen.

Allerdings aber, wenn auch hiernach die Gemeinnützigkeit im Allgemeinen als genügender Grund der Wirksamkeit einer Verfügung anzuerkennen ist, darf doch nicht übersehen werden, daß eben jene im einzelnen Fall fraglich sein kann und aus diesem Grund es einer Genehmigung, sei es von Seiten des Staates oder nach Umständen der Kirche oder einer Gemeinde, bedarf. Es kann der Fall sein, daß die Ausführung einer letztwilligen Anordnung schon ihrer sachlichen Natur nach nicht ohne solche Zustimmung und Genehmigung möglich ist; es kann auch sein, daß dieselbe aus irgend welchen staatspolizeilichen oder staatswirthschaftlichen oder politischen Gründen nicht zugelassen wird. Versagt die Staatsgewalt die Genehmigung, so wird dadurch freilich die Verwirklichung der Absichten des Verstorbenen verhindert. Wenn diejenigen, welche behaupten, daß eine Stiftung überall nicht ohne besondere, wenigstens stillschweigende Genehmigung des Staates in's Leben treten könne, nichts anderes sagen wollen, so hat die ganze Streitfrage kaum noch eine erhebliche praktische Bedeutung. Aber wohl zu beachten und festzuhalten ist dabei, daß nicht die Gültigkeit der betreffenden letztwilligen Verfügung an sich durch jene Genehmigung bedingt ist, sondern nur deren Erfolg durch die Versagung der Genehmigung ver-

hindert wird, so wie der Erfolg eines Vermächtnisses durch Ablehnung von Seiten des Bedachten verhindert wird. Es verhält sich damit wesentlich nicht anders als mit der Anwendung gesetzlicher Amortisationsbeschränkungen, welche die Wirksamkeit von Schenkungen und letztwilligen Zuwendungen an die todte Hand, sofern sie ein gewisses Maß überschreiten, von staatlicher Genehmigung abhängig machen. Ein Vermächtniß über jenes Maß ist an sich gültig errichtet; aber die Wirksamkeit und der Erfolg desselben wird vereitelt, wenn jene staatliche Genehmigung versagt wird. So ist es auch, wenn durch Erbeinsetzung oder Vermächtniß eine gemeinnützige Anstalt bezweckt wird. Gestattet der Staat diese nicht, so kann dieselbe freilich nicht in's Leben treten; aber wenn er sie nur nicht hindert, so kommt sie zur Ausführung und bildet dann eine selbständige Stiftung, der man das Prädicat einer juristischen Person nicht absprechen kann, wenn man überhaupt diesen Begriff gelten läßt. Man muß sich nur überall von dem Gedanken lossagen, als sei die Schöpfung einer solchen durch Privatdisposition etwas juristisch Unmögliches, oder als bedürfe es dazu nothwendig einer besonderen Verleihung der juristischen Persönlichkeit, abgesehen von der ausdrücklichen oder stillschweigenden Zulassung derselben als einer wirklich gemeinnützigen Anstalt; man muß vollends die Meinung aufgeben, als müsse diese schon vorausgegangen sein, damit die Erbeinsetzung einer solchen zu errichtenden Anstalt oder ein Vermächtniß zum Zweck derselben überhaupt gültig sei. Hätte die Stadt Frankfurt das Städel'sche Institut verworfen, so wäre freilich die Absicht des Stifters vereitelt worden. Wenn jene aber nur nicht hindernd demselben in den Weg trat, so konnte die Rechtsgültigkeit der Stiftung blos aus

dem Grunde, weil sie den Worten nach als schon bestehende zur Erbin eingesetzt war, nicht angefochten werden. Diese Anfechtung muß schon deshalb abgewiesen werden, weil sie, wie oben schon in Beziehung auf eigentliche Wohlthätigkeitsanstalten bemerkt wurde, in einer dem Geiste des heutigen Rechts völlig widerstrebenden, dem unbefangenen Urtheil verständiger Laien gewiß unverständlichen Weise den unzweifelhaften Willen des Erblassers einem reinen Formalismus des Wortausdrucks zum Opfer gebracht haben will; denn das bezweifelt man nicht, daß der Erblasser seine Absicht vollkommen erreicht haben würde, wenn er die Stadt Frankfurt mit der Auflage, die Anstalt genau nach den von ihm gegebenen Statuten als selbständige Stiftung fortbestehen zu lassen, beziehungsweise erst in's Leben zu rufen, zur Erbin eingesetzt hätte [87]).

Im praktischen Resultat stimmt mit der vorstehenden Erörterung das neueste bürgerliche Gesetzbuch überein. Das sächsische Gesetzbuch bestimmt in §. 2074:

> „Juristische Personen sind fähig, aus einem letzten Willen zu erwerben, selbst wenn sie zur Zeit der letzten Willensordnung noch nicht bestanden haben, dafern sie später, gleichviel ob vor oder nach dem Tode des Erblassers, anerkannt werden."

87) In diesem Sinn sind denn auch in neuester Zeit eine Reihe von oberstrichterlichen Entscheidungen ergangen. Vgl. Ortloff und Schüler Juristische Abh. und Rechtsfälle I. Nr. XII. Seuffert's Archiv I. 97. XIV. 103. XVI. 232. XVIII. 4. Entscheidungen des Ob.-Trib. zu Berlin Bd. 30. S. 50. fg. Bd. 40. S. 78. fg. (Ueber den letzten Rechtsfall: Windmüller, rechtliche Beleuchtung der Kommerzienrath Fränkelschen Testamentssache, namentlich in Bezug auf Erbeseinsetzung posthumer Stiftungen: Berlin 1859). Gruchot I. S. 363. fg.

Die Motive bemerken dazu: „der §. enthält insoweit, als es nach demselben gestattet ist, eine noch gar nicht existirende juristische Person zum Erben einzusetzen, eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln. Zunächst würde nach dem Standpunkte des jetzt geltenden Rechts das Gegentheil richtiger sein. Aber auch von positiven Vorschriften abgesehen, läßt sich die Erbeinsetzung einer juristischen Person, welche erst noch vom Staate anerkannt werden soll, mit dem Prinzipe, daß nur Derjenige Erbe sein soll, welcher zur Todeszeit des Erblassers lebt, nicht wohl in Einklang bringen".

Daraus geht hervor, daß die Verfasser des Gesetzbuchs unter dem Einfluß der von Mühlenbruch vertheidigten Theorie standen. Aber ein richtiges Gefühl leitete sie zu der Erkenntniß, daß diese Theorie doch eigentlich unpraktisch und innerlich unbefriedigend sei. Daher fahren die Motive fort:

> „Nichtsdestoweniger sprechen für eine solche Bestimmung, wie sie dieser §. enthält, eines Theils Rücksichten auf den hierbei vorzüglich entscheidenden Willen des Erblassers, anderen Theils die Interessen des öffentlichen Rechts, wozu noch kommt, daß sich dafür auch noch fast allgemein ein natürliches Rechtsgefühl geltend macht."

Man sieht daraus: Gründe, welche wohl geeignet wären, Zweifel an der Richtigkeit der vorausgesetzten Theorie zu erregen, bestimmten die Gesetzverfasser, legislativ etwas anderes und angemesseneres festzusetzen. Damit stimmte auch der hessische Entwurf III. 79. überein, welcher nach Anerkennung der Erbfähigkeit der Gemeinden, Körperschaften, öffentlichen Anstalten und milden Stiftungen noch bestimmter ausspricht: „Dies gilt auch von den Anstalten und Stiftungen, welche in den letz-

ten Willen angeordnet und erst später, wenn auch nach dem Tode des Erblassers, von dem Staate genehmigt werden", übrigens III. 228. selbst die Annahme von letztwilligen Zuwendungen an schon bestehende juristische Personen, von landesherrlicher Ermächtigung abhängig macht. In den Motiven S. 56. werden solche Stiftungen dem zur Todeszeit des Erblassers erst concipirten Kinde verglichen, und wird bemerkt: „Ihre juristische Existenz erhalten sie erst durch die Genehmigung des Staats; es muß also die Anordnung des Erblassers verfallen, wenn die Staatsgenehmigung nicht erfolgt."

Wesentlich gleiche Grundsätze gelten nach preußischem Recht [88]). In den Entscheidungsgründen eines oberstrichterlichen Erkenntnisses v. 29. Nov. 1858, welches die Frage, ob die Erbeinsetzung einer erst durch ein Testament errichteten milden Stiftung für rechtsbeständig zu erachten sei? sowohl nach gemeinem als nach preußischem Recht bejahend beantwortet hat, wird ganz der obigen Ausführung entsprechend bemerkt: „Armenanstalten, denen der Staat die Genehmigung versagt hat, sollen nicht die Rechte moralischer Personen haben. Durch die Versagung der Genehmigung wird der Stiftung der Charakter einer milden abgesprochen und dadurch wird allerdings selbstverständlich ihr die Persönlichkeit und zwar ex tunc genommen."

Eben so verhält es sich nach österreichischem Recht. Eine obrigkeitliche Confirmation der Stiftung ist allerdings auch darnach nöthig. „Allein diese Confirmation enthält nur die Gestattung der selbständigen Verwendung des Vermögens zu dem fraglichen Zweck, welcher als verträglich mit den Staatseinrichtungen erkannt

88) Vgl. Gruchot II. S. 358—367.

worden ist; sie enthält nur einen Ausspruch über die Zulässigkeit des Zwecks; ist diese höhere politische Genehmigung ertheilt, so hat die Stiftung ohneweiters den Charakter der juristischen Persönlichkeit" [89]). Und daß hiernach die Stiftung durch Erbeinsetzung oder Vermächtniß mit Erfolg geschehen kann, sofern nur jene Genehmigung nicht versagt wird, ist nicht zu bestreiten [90]).

Das Zürcher privatrechtliche Gesetzbuch dagegen I. §. 53. erfordert die Genehmigung der Regierung zur Existenz einer Stiftung nur dann, wenn dieselbe einen staatlichen oder kirchlichen Zweck hat. In diesem Falle wird daher dasselbe anzunehmen sein. In anderen Fällen tritt die Stiftung ohneweiters in's Dasein; aber es kann doch auch in diesen Fällen nicht die Möglichkeit ausgeschlossen werden, daß die Staatsgewalt wegen Unzulässigkeit oder Verwerflichkeit des Zwecks die Entstehung derselben hindere.

VI. Eine ganz besondere Ausnahme von der Regel, daß nur demjenigen, der zum Erben eingesetzt werden könnte, ein Vermächtniß gültig hinterlassen werden kann, ist in Ansehung des Vermächtnisses zugelassen, wodurch einer Person ihr Lebensunterhalt gesichert werden soll (alimenta legata).

Dies ist gültig, auch wenn es einer sonst ganz erbunfähigen Person hinterlassen ist, und zwar ungeachtet diese noch zur Zeit, da das Vermächtniß in Wirksamkeit treten soll, erbunfähig ist. So findet man anerkannt in L. 11. D. de alimentis legatis. XXXIV. 1. (Paul. lib. X. quaest.):

89) Unger System des österr. Privatrechts I. §. 44. unter Num. I. Anm. 10. fg.

90) Unger im Erbrecht. §. 14. Anm. 8.

Is, cui annua [91]) alimenta relicta fuerant, in metallum damnatus indulgentia principis restitutus est: respondi, eum et praecedentium annorum recte cepisse alimenta et sequentium deberi ei.

Der zu den Bergwerken Verurtheilte war nach Justinianischem Pandekten-Recht poenae servus, als herrenloser Sklave folglich ganz erwerbunfähig. Gleichwohl wird das Vermächtniß der Alimente zu dessen Gunsten als wirksam aufrecht erhalten. Doch ist diese Stelle allein nicht beweisend. Sie setzt nämlich voraus, daß der Vermächtnißnehmer erst hinterher verurtheilt und dann durch Begnadigung wieder erbfähig geworden ist. Das Vermächtniß des Lebensunterhalts, sofern dieser durch zeitweise wiederkehrende Leistungen zu gewähren ist, hat, wie das Vermächtniß einer Rente, die Eigenthümlichkeit, daß es in so viele einzelne Vermächtnisse zerfällt, als einzelne Leistungen fällig werden, und der dies cedens legati für jedes derselben ein anderer ist je nach dem Zeitpunkt der Fälligkeit [92]); der Regel gemäß genügt es daher, daß der Legatar in diesem Zeitpunkt die Testamentifactio wieder erlangt hat, die ihm zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses nicht fehlte [93]). Wenn man nun in L. 11. cit., wie man wohl berechtigt wäre, die Worte „praecedentium annorum . . . et sequentium" auf die Jahre vor der Verurtheilung und nach der Begnadigung bezieht, so ist nicht ausge-

91) Haloander hat das Wort *annua* ausgelassen, vermuthlich eigenmächtig und mit Unrecht.

92) L. 10—12. 20. D. quando dies leg. XXXVI. 2. cf. L. 10. D. de cap. min. IV. 5.

93) Vgl. oben S. 377. Anm. 7.

sprochen, daß das Vermächtniß auch für die Zeit des bürgerlichen Todes des Vermächtnißnehmers wirksam sei. Aber daß selbst auch dem schon Verurtheilten und in der Strafe lebenden Verbrecher die Alimente mit Erfolg vermacht werden konnten, beweist argumento a contrario L. 3. pr. D. de his quae pro non script. hab. XXXIV. 8. (Marcian. lib. XI. institut.):

Si in metallum damnato quid *extra causam alimentorum* relictum fuerit, pro non scripto est.

Das Vermächtniß zum Lebensunterhalt des Sträflings wird darin stillschweigend als wirksam anerkannt. Sodann war nach L. 17. D. de alimentis leg. auch ein Vermächtniß zum Lebensunterhalt eigener Sclaven des Erblassers gültig, obwohl dieser doch sonst den eigenen Sclaven, denen nicht zugleich die Freiheit verliehen wurde, gültig nichts vermachen konnte [94]). Es versteht sich freilich von selbst, daß solche Vermächtnisse nicht die regelmäßige Wirkung haben, nicht eine actio ex testamento gegen den Erben erzeugen konnten; sie waren gleichsam nur milde Gaben ohne civilrechtliche Wirksamkeit, die durch Anrufung obrigkeitlicher Hülfe extra ordinem zu erwirken waren, wie die fideicommissarisch angeordnete Freilassung eines Sclaven. Wenn aber sogar zu Gunsten von Sclaven, die nicht nur nicht erbfähig, sondern überhaupt schlechthin erwerbunfähig waren, das Vermächtniß des Lebensunterhalts aufrecht erhalten wurde, so konnte man vollends nicht anstehen, dasselbe zu Gunsten anderer nur erb=unfähiger Personen für gültig zu erklä-

94) L. 107. §. 1. D. de legat I. Cuiac. ad h. l. in tractat. II. ad African. (opp. I. col. 1273.). Idem in lib. IX. respons. Pap. ad L. 10. §. 1. D. de aliment. leg. (opp. IV. col. 1208.). Vgl. unten S. 437. fg.

ren. Zu Gunsten von Deportirten namentlich hat dies Pius Antoninus auf die Bitte eines Sohnes (Ulpian von Damascus) für seine deportirte Mutter und die Bitte der Mutter für ihren deportirten Sohn durch ein Rescript bewilligt, das von Cuiacius aus den Basiliken restituirt als (nicht glossirte) L. 16. in dem Titel der Pandekten de interdictis et relegatis et deportatis. XLVIII. 22. eingereiht worden ist [95]). Consequent war darnach auch anzunehmen, daß der Fortgenuß der Alimente durch nachfolgende Deportation des Vermächtnißnehmers nicht abgeschnitten werde, wofür auch L. 11. cit. spricht, wenn man unter den praecedentes anni alle der Begnadigung vorausgehenden Jahre versteht. Die Bedenken dagegen, welche dem Cuiacius L. 3. D. eod. erregt, beseitigen sich durch die Erwägung, daß in der Zusammenstellung „ut quisque ex libertis decesserit aliove quo modo in civitate esse desierit“ die letzten Worte nicht nothwendig auf jeden Verlust des Bürgerrechts zu beziehen sind, sondern den Fall bezeichnen können, wenn einer der Freigelassenen, denen die Alimente vermacht sind, aus dem römischen Reiche entwichen, z. B. zum Feinde übergegangen oder in Gefangenschaft gerathen ist.

Manche glaubten jedoch, der Tendenz der berüchtigten L. 5. Cod. ad leg. Jul. maiest. IX. 8. entsprechend [96]), die Söhne des Hochverräthers von obiger Begünstigung

95) Vgl. Cuiac in lib. X. quaest. Pauli ad L. 11. D. de alimentis leg. opp. V. col. 1078. sq.

96) „Filii vero . . . . a materna vel avita, omnium etiam proximorum hereditate ac successione habeantur alieni, testamentis extraneorum *nihil capiant*, sint perpetuo egentes et pauperes.“ Vgl. Mühlenbruch im Comment. Bd. 39. S. 245.

ausschließen zu sollen [97]), während hingegen Andere überhaupt die barbarische Strenge dieses Gesetzes, welches den Söhnen des Hochverräthers die Erbfähigkeit abspricht, für unpraktisch erklärten, und dieser milderen Ansicht tritt heutzutage kaum noch ein Widerspruch entgegen, zumal auch für den verurtheilten Verbrecher selbst die Erbunfähigkeit nicht mehr, wie im römischen Recht, als Folge der Verbrechensstrafe angenommen wird [98]).

§. 1521. a.

Der Vermächnißnehmer. — Hausunterthänige Personen mit Vermächtnissen bedacht.

Auch solche Personen, welche der Familiengewalt eines Anderen unterthan (alieni iuris) waren, konnten, wie zu Erben eingesetzt, so auch mit einem Vermächtniß bedacht werden. Von der Erbeinsetzung solcher Personen handelt ausführlich Mühlenbruch in §. 1437. a. dieses Commentars Bd. 39. S. 195—241. Es ist hier nur noch anzudeuten, was in Ansehung von Vermächtnissen zu Gunsten derselben Besonderes galt, obwohl auch dieses im Zusammenhange jener Erörterung mehrfach berücksichtigt worden ist und daher darauf verwiesen werden kann. Was nun

I. Sklaven betrifft, so sind zu unterscheiden:

97) Matthaeus de crimin. lib. XLVIII. 2. cap. 3. §. 18. Mueller ad Struv. XXXIV. 1. thes. LXIX. not. β. vgl. M. G. Wernher comment. in pand. XXXIII. 1. §. 1. XXXIV. 1. §. 4.

98) Mühlenbruch a. a. O. S. 246. Anm. 91. 92. Schirmer Erbr. I. §. 4. S. 34. Anm. 19. S. 36. fg. Anm. 26—28. Tewes Erbr. I. §. 7. S. 57. Arndts Pand. §. 471. Anm. 2.

1) Eigene Sklaven des Erblassers. Diese konnten zu Erben nicht anders gültig ernannt werden, als indem ihnen zugleich durch den letzten Willen die Freiheit verliehen wurde. Nach Justinian's Verordnung [99]) sollte jedoch in der Erbeinsetzung des eigenen Sklaven zugleich dessen letztwillige Freilassung als stillschweigend angeordnet erkannt werden. Der Anordnung eines Vermächtnisses zu Gunsten desselben legte Justinian nicht die gleiche Bedeutung bei, spricht ihr diese vielmehr ausdrücklich ab [100]). Ohne Freilassung aber war das Legat unwirksam. Es war nothwendig erfolglos, wenn der Testator alsbald nach der Testamentserrichtung starb, weil alsdann der Herr des bedachten Sklaven und der mit dem Vermächtniß beschwerte Erbe identisch war; wenn aber auch vor dem wirklichen Tode des Erblassers der Sklave veräußert oder frei geworden war, so stand doch die Catonianische Regel der Wirksamkeit des Vermächtnisses entgegen [1]), es sei denn, daß das Legat an eine Bedingung geknüpft war, welche die Anwendbarkeit dieser Regel ausschloß [2]). Wenn Justinian gleichwohl

99) L. 5. Cod. de necess. servis hered. instit. VI. 27. (Justinian. a. p. Chr. 531.). Vgl. pr. J. de hered. instit. II. 14. Mühlenbruch a. a. O. S. 196. fg.

100) L. 5. cit. §. 2. „Illo videlicet observando, ut, si legatum vel fideicommissum eis sine libertate relinquatur, maneant in servitute.“ Vgl. L. 28. Cod. de fideicomm. VI. 42. Ex fideicommisso sub conditione sine libertate servis propriis inutiliter dato libertas peti non potest.

1) L. 4. Cod. de legat. VI. 37. (Antonin. a. p. Chr. 213). L. 102. in f. D. de legat. I. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 201. fg. Anm. 78.

2) L. 89. D. de hered. instit. XXVIII. 5. „quoniam et proprio servo ab herede recte sub conditione lega-

dem Erben die Entrichtung des Vermächtnisses an den Sklaven zumuthet [3]), so sollte und konnte darin wohl nicht im Widerspruch mit anderen Stellen ein wahres Vermächtnißrecht anerkannt werden.

Verbunden mit letztwilliger Freilassung dagegen war das Legat an den eigenen Sklaven allerdings wirksam, indem angenommen wurde, daß dieses erst in dem Zeitpunkt der Erbantretung, in welchem auch die testamentarische Freilassung in Kraft trat, anfalle, also dem alsdann schon freigewordenen Sklaven selbst das Vermächtnißrecht erworben werde, daher denn auch die Catonianische Regel hier der Gültigkeit des Vermächtnisses nicht im Wege stand [4]). Und dies wurde auch bei fideicommissarischer Anordnung der Freilassung des bedachten Skla-

tur." Mühlenbruch a. a. O. S. 209. Anm. 89. Aus L. 28. Cod. cit. könnte man schließen, daß auch das fideicommissum sub conditione sine libertate immer inutiliter datum sei. Aber so verstanden würde L. 28. im Widerspruch stehen mit L. 89. cit. Jene muß daher beschränkend erklärt werden: wenn ein bedingtes Fideicommiß solcher Art sich als wirkungslos erweist, so kann nicht auf Grund desselben der Sklave die Freiheit als stillschweigend ihm vermacht in Anspruch nehmen. Ein Fideicommiß an den eigenen Sklaven war ohnehin nicht unwirksam, sofern der Onerirte ein Anderer war, als der eingesetzte Erbe, dem mit der Erbschaft auch das Eigenthum des nicht freierklärten Sklaven zukam.

3) „Non tamen (so fährt er in L. 5. §. 2. cit. fort) ita impii heredes existant, ut liberalitatem testatoris et serviles labores debita remuneratione defraudare conentur et non derelictum, licet adhuc servis constitutis, donent."

4) L. 91. §. 1. D. de legat. I. L. 7. §. 6. L. 8. D. quando dies legat. vel fideicomm. cedat. XXXVI. 2.

ven angenommen, obwohl dieser erst durch die von dem Erben vollzogene Manumission wirklich die Freiheit erlangte [5]). Wenn aber die Freiheit oder das Vermächtniß an eine Bedingung geknüpft war, so kam es auf die Beschaffenheit des einzelnen Falles an, ob das Vermächtniß bei sofort eintretendem Tode des Erblassers erfolglos sein würde und darum nach der Catonianischen Regel ungültig war oder nicht [6]); und so auch, wenn der Erblasser einem Sklaven, der statu liber war, vermacht hatte [7]).

Aber auch das Legat, welches der Herr seinem einem Anderen vermachten Sklaven hinterließ, war gültig, indem auch in Ansehung dieses Legates angenommen wurde, daß dessen Anfall erst adita hereditate eintrete, und daher die Catonianische Regel darauf keine Anwendung fand [8]).

2) Einem Sklaven des eingesetzten Erben konnte ein Legat nicht wirksam hinterlassen werden, es sei denn unter einer Bedingung, wodurch die Anwendung der Catonianischen Regel ausgeschlossen wurde [9]).

3) Einem fremden Sklaven konnte sonst ein Vermächtniß gültig hinterlassen werden, wofern der Herr

5) L. 84. D. de legat. II. L. 8. Cod. de fideicomm. VI. 42.

6) L. 82. 86. D. de cond. et dem. XXXV. 1.

7) L. 11. pr. D. de legat. II. Vgl. Westphal I. §. 43. 43. b. 46—48. Arndts im Rhein. Mus. für Jurispr. V. S. 223. fg., sodann den Comment. zu Dig. XXXIV. 7.

8) L. 17. D. quando dies legat. XXXVI. 2. L. 69. pr. L. 91. §. 3—5. D. de legat. I. Westphal §. 44. Arndts a. a. O. S. 225. fg.

9) Gai. II. 244. Ulp. XXIV. 23., §. 32. J. de legat. II. 20. Arndts a. a. O. S. 220. fg.

desselben mit einem solchen gültig bedacht werden konnte [10]). So war gültig auch das Legat an einen Erbschaftssklaven, vorausgesetzt nur, daß der Erblasser Testamentifactio gehabt hatte [11]). Es war aber nur die Testamentsfähigkeit des Herrn Voraussetzung der Gültigkeit des Legates an den Sklaven; sonst wurde es mit Rücksicht auf die Person des letzten beurtheilt und als gültig angesehen, wenn nur der Sklave, falls er ein Freier wäre, dasselbe empfangen könnte [12]). Wo überhaupt das einem Sklaven hinterlassene Vermächtniß gültig war, da wurde es eben als diesem zugedacht aufgefaßt und sein Erfolg war an die Person des Sklaven geknüpft. Blieb der Bedachte unfrei bis zu dem Anfall des Vermächtnisses, so wurde das Vermächtnißrecht seinem dermaligen Herrn erworben, mehreren Miteigenthümern nach Verhältniß ihrer Eigenthumsantheile; erlangte aber derselbe vor oder in jenem Zeitpunkte die Freiheit, so war er selbst wirklicher Vermächtnißnehmer [13]), und wenn der Sklave vor dem Anfalle des Vermächtnisses gestorben, oder zu dieser Zeit herrenlos war, so mußte dasselbe zunichte werden [14]).

10) L. 12. §. 2. D. de legat. I. Vgl. oben Seite 382. Anm. 17.

11) L. 116 §. 3. D. de legat. I. L. 55. §. 1. D. de legat. II. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 223. fg.

12) L. 82. §. 2. D. de legat. II. L. 5. D. de servitute leg. XXXIII. 3. Mühlenbruch a. a. O. S. 212. fg. Anm. 97. fg.

13) L. 50. pr. L. 91. §. 3. 5. L. 114. §. 10. D. de legat. I. Vgl. Westphal §. 44. 50. fg. Mühlenbruch a. a. O. S. 211.

14) Arg. L. 3. pr. §. 1. D. de his quae pro non script. XXXIV. L. 8. 63. pr. D. ad leg. Falcid. XXXV. 2. Vgl.

4) Einem Sklaven, der dem Erblasser gemeinschaftlich mit einem Dritten gehörte, konnte jener mit oder ohne Freiheitsertheilung ein Vermächtniß hinterlassen, aber nach älterem Recht hatte diese Freiheitsertheilung nur den Erfolg, daß der Sklave ganz dem Miteigenthümer zufiel, und das Vermächtniß hatte in jedem Falle dieselbe Wirkung, als wenn es einem ganz fremden Sklaven hinterlassen wäre. Nach Justinianischem Rechte erlangt der Sklave in Folge der ausdrücklich erklärten Freilassung die Freiheit gegen Entschädigung des anderen Miteigenthümers und ist nun das ihm hinterlassene Vermächtniß wirksam gleich dem einem eigenen testamentarisch freigelassenen Sklaven gegebenen. Wenn dagegen ohne Freilassung dem gemeinschaftlichen Sklaven ein Legat gegeben ist, so besteht dies auch nach Justinianischem Rechte nur mit Rücksicht auf den Miteigenthümer zu Recht, als ob es einem diesem ausschließlich gehörenden Sklaven verliehen wäre [15]).

Mühlenbruch S. 222. Das einem fremden Sklaven gegebene Legat soll nach L. 3. §. 2. D. de his quae pro non script. (Marcian. lib. XI. instit.) auch dann erlöschen, wenn der Erblasser hinterher das Eigenthum des Sklaven erwirbt. Als Grund dafür gibt Marcian an: „nam quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur." Diese Regel ist aber in dieser Anwendung, wie auch sonst wohl von sehr problematischer Richtigkeit. Vgl. Cuiac. ad L. 26. D. de adim. legat. XXXIV. 4. in lib. IX. quaest. Pauli (opp. V. col 1065.), ad L. 85. §. 1. D. de div. reg. iur. (opp. VIII. col. 804. sq.), und diesen Comment. oben S. 282. fg. Anm. 47. fg. Aber es versteht sich von selbst, daß das Legat unwirksam war, wenn der Erblasser den Sklaven nicht wieder veräußerte.

15) Pauli sent. III. 6. §. 4. L. 63. §. 9. D. pro socio.

5) Dem in feindliche Gefangenschaft gerathenen Bürger konnte ein Vermächtniß mit der Wirkung hinterlassen werden, daß, wenn er in das römische Reich zurückkehrte, iure postliminii dasselbe als von Anfang her gültig errichtetes Vermächtniß in Kraft trat; wenn er aber in der feindlichen Gefangenschaft starb, so war dasselbe schlechthin nichtig, da dem fremden Herrn desselben die Erbfähigkeit fehlte [16]). Aber auch das einem in feindliche Gewalt gekommenen Sklaven eines römischen Bürgers hinterlassene Vermächtniß, sofern es sonst wirksam wäre, mußte iure postliminii zu Kraft kommen, weil jener wieder in sein früheres Verhältniß zurückkehrte, als ob dieses nicht unterbrochen worden wäre [17]).

Es bedarf übrigens kaum der Erwähnung, daß alle obigen Rechtsätze in Betreff der Vermächtnisse an unfreie Personen für das heutige Recht ihre Bedeutung verloren haben.

II. Andere der Familiengewalt eines römischen Bürgers untergebene Personen hatten, als des römischen Bürgerrechtes selbst theilhaftig, jederzeit vollkommene passive Testamentifactio [18]) und konnten also gültig zu

XVII. 2. L. 49. pr. D. ad leg. Falcid. XXXV. 2. L. 11. D. de opt. leg. XXXIII. 5. vgl. mit L. un. Cod. de comm. servo manum. VII. 7. §. 4. J. de donat. II. 7. Mühlenbruch a. a. O. S. 201—211.

16) L. 101. §. 1. D. de legat. I. War das Vermächtniß einem Sklaven des Gefangenen hinterlassen, so war es, auch wenn dieser in der Gefangenschaft starb, gültig, zum Vortheil desselben. L. 1. D. de captiv. XLIX. 15.

17) L. 30. D. l. c. vgl. Festus v. *postliminium*.

18) L. 16. D. qui testam fac. XXVIII. 1. §. 4. J. de heredum qualit. II. 19. Vgl. Mühlenbruch Bd. 39. S. 229. fg.

Erben eingesetzt und mit Vermächtnissen bedacht werden. Aber dieselben konnten nach älterem Recht nichts für sich selbst erwerben, und so wurde auch das ihnen hinterlassene Vermächtniß, wenn sie die legati cedente noch in der Gewalt eines Anderen sich befanden, diesem erworben [19]). Aus diesem Grunde war das einer solchen Person zur Last ihres zum Erben eingesetzten Gewalthabers unbedingt hinterlassene Vermächtniß nach der Catonianischen Regel eben so wirkungslos, wie das dem Sklaven des eingesetzten Erben gegebene Legat [20]). Nachdem aber und insoweit allmälig in immer weiterem und zuletzt im weitesten Umfange die Möglichkeit, eigenes Vermögen für sich zu erwerben, den in väterlicher Gewalt befindlichen Kindern eingeräumt worden war und so auch Vermächtnisse denselben, nur regelmäßig mit Vorbehalt des väterlichen Nießbrauches, erworben wurden, konnte auch jener Fall der Anwendung der Catonianischen Regel sich nicht mehr ergeben, und so wird denn derselbe, nachdem Manus und Mancipium ohnehin ganz verschwunden waren, in den Institutionen nur mehr in Beziehung auf das einem Sklaven des eingesetzten Erben gegebene Vermächtniß vorgetragen. In den Digesten hat jedoch noch eine Stelle Aufnahme gefunden, welche jene Regel, daß dem Hauskinde des eingesetzten Erben nicht gültig ein Legat hinterlassen werden könne, als noch bestehend voraussetzt. L. 91. pr. D. de legat. I, aus Julian's Digesten entnommen, sagt:

Quaesitum est, si filiusfamilias, qui filium habebat, heres institutus fuisset, quum esset uterque in potestate aliena, an ab eo filio eius legari

19) Ulp. XIX. §. 18. 19. Gai. II. §. 87.

20) Vgl. oben S. 439. Anm. 8.

possit? Respondi: Quum possit a filio patri legari, consequens est, ut vel fratri ipsius vel filio vel etiam servo patris sui legetur.

Die Entscheidung Julian's gründet sich darauf, daß der Gültigkeit eines dem zum Erben eingesetzten Filiusfamilias zu Gunsten des Vaters, in dessen Gewalt er stand, auferlegten Legats die Catonianische Regel durchaus nicht im Wege stand [21]. Das Bedenken aber, durch welches die Anfrage veranlaßt war, hatte ohne Zweifel darin seinen Grund, daß nach damaligem Rechte das Legat, welches dem Sohne des eingesetzten Vaters hinterlassen war, gemäß der Catonianischen Regel wirkungslos war. Nach Justinianischem Rechte konnte gegen die Gültigkeit des fraglichen Legats so wenig ein Zweifel aufkommen, daß die Anfrage füglich als eine quaestio Domitiana abgefertigt werden könnte; denn darnach wurde, auch wenn der Großvater den Tod des Erblassers noch erlebte, sowohl dem Enkel das ihm zur Last des Vaters gegebene Legat, als dem letzten die Erbschaft, zu welcher er eingesetzt war, erworben, und kam nur in Ansehung beider dem Großvater, nach dessen Ableben aber in Ansehung des Legats des Enkels dem Vater desselben der Nießbrauch zu; das dem eingesetzten Vater zu Gunsten des in seiner Gewalt befindlichen Kindes auferlegte Vermächtniß war nun, sofern die väterliche Gewalt bis zu dessen Anfall fortbestand, als Vermächtniß der Sache deducto usufructu wirksam. Im Codex finden wir freilich auch noch eine Constitution, welche das der Tochter hinterlassene Vermächtniß selbst

21) §. 33. J. de legat. II. 20. L. 25. D. de legat. I. cf. Ulp. XXIV. 24. Arndts im Rhein. Mus. V. S. 216. fg.

ganz dem Vater derselben beizulegen scheint [22]). Allein im Justinianischen Recht ist diese anders zu erklären, unter dem dem Vater zugesprochenen commodum fideicommissi nur der Nießbrauch zu verstehen mit dem Recht, das Vermächtniß für die Tochter geltend zu machen.

Nach Justinianischem Recht war nun auch wenig Anlaß mehr, ein Kind unter der Bedingung, wenn der Vater dasselbe emancipire, auf den Todesfall zu bedenken, um so weniger, da durch besondere Bestimmung der väterliche Nießbrauch an dem Gegenstande der Zuwendung ausgeschlossen werden konnte [23]). Indessen finden wir in den Digesten noch eine solche letztwillige Anordnung erwähnt in L. 70. D. de cond. et dem. XXXV. 1.

Duos mater filios sub conditione emancipationis ex partibus heredes instituit, iisque plurium rerum praeceptiones pure dedit; hereditatem adierunt; patrem a legatorum commodo illa quoque ratio debet summovere, quod emancipando filios, obsecutus voluntati, supremum iudicium uxoris suae custodiri voluit.

Von einem Recht des Vaters in Ansehung der Erbschaft konnte hier keine Rede sein, weil dieselbe erst

22) L. 5. Cod. de condit. insert. VI. 46. (Dioclet. et Maxim.): Si uxorem tuam tempore nuptiarum in patris potestate fuisse monstretur, fideicommissi commodum ei relictum, quum nupserit, nullo alio diem eius cedere prohibente, patri quaesitum non ambigitur. Westphal I. §. 61. bezeichnet dies Vermächtniß als zum Heirathsgut gegeben; das liegt nicht darin; es war nur ein Fideicommiß ex die incerto: *quum nupserit.*

23) Nov. 117. cap. 1.

nach geschehener Emancipation durch Antretung den Söhnen erworben wurde. Aber die denselben zugleich gegebenen Prälegate mochten als unbedingte angesehen werden, wenn man nicht, wie in einem ähnlichen von demselben Verfasser (Papinian) angeführten Falle [24]), die Bedingung der Emancipation dabei als stillschweigend wiederholt annahm. Dann aber trat der Anfall dieser Legate schon mit dem Tode der Erblasserin ein, und dieser Zeitpunkt entschied über das Recht des Vaters. Indessen entscheidet Papinian, daß in diesem Falle doch aus anderem Grunde schon (hac quoque ratione) der Anspruch auf das commodum legatorum abzuerkennen sei [25]); unter diesem commodum aber ist auch hier wie in L. 5. Cod. l. c. nach Justinianischem Recht nur mehr der Nießbrauch an dem Vermächtnißgegenstande zu verstehen.

§. 1521.b.

Der Vermächtnißnehmer. — Wer ist Vermächtnißnehmer?

An die Frage: Wer kann Vermächtnißnehmer sein oder mit einem Vermächtniß bedacht werden? (§. 1521.) schließt sich die weitere Frage an: Wer ist wirklich Vermächtnißnehmer oder mit einem Vermächtniß bedacht? Wer ist honorirt?

Vermächtnißnehmer (honorirt) ist derjenige, welchem durch das Vermächtniß einen Vermögensvortheil zuzuwenden der Erblasser den Willen hatte, zu dessen Begünstigung also jenes angeordnet ist. Zur Bezeichnung der Person desselben dient gewöhnlich der Name;

24) L. 77. pr. D. eodem.

25) Vgl. A. A. v. Buchholtz, die Lehre v. d. Prälegaten. S. 291. fg.

aber, wie bei der Erbeinsetzung, genügt auch jede andere Angabe, welche erkennen läßt, wen der Erblasser bedenken wollte [26]), und eine Unrichtigkeit in den zur näheren Bezeichnung des Bedachten gemachten Angaben hindert nicht die Wirksamkeit der Verfügung, wofern nur gleichwohl die wirklich gemeinte Person aus derselben erkennbar ist, während der irrthümlich Genannte, den der Erblasser wirklich nicht bedenken wollte, wie derjenige, welchen er bedenken wollte, aber in der That in seiner Verfügung nicht bedacht hat, nicht Vermächtnißnehmer ist [27]). Ist die Bezeichnung, welche allein die Person des Bedachten erkennbar macht, eine für diesen schimpfliche, so daß er das ihm Hinterlassene nicht in Anspruch nehmen könnte, ohne selbst jene als zutreffend anzuerkennen, so ist das Vermächtniß, wie die Erbeinsetzung gleicher Art, als wodurch er nicht geehrt, sondern beschimpft wird, ungültig [28]). Paßt die gewählte Bezeichnung auf verschiedene Personen, z. B. wenn nur ein Name genannt ist, den Mehrere führen, so kann möglicher Weise durch andere Umstände, z. B. durch

26) L. 4. D. de reb. dub. XXXIV. 5. L. 34. pr. D. de cond. et dem. XXXV. 1. cf. L. 9. §. 8. L. 58. pr. D. de hered. instit. XXVIII. 5.

27) §. 29. J. de legat. II. 20. L. 33. pr. 34. D. de cond. et dem. cf. L. 9. pr. L. 48. §. 3. L. 58. pr. D. de hered. instit. XXVIII. 5. L. 4. Cod. de testam. VI. 23. Näheres darüber in lib. XXXV. tit. 1. vgl. oben S. 93. Anm. 83. und Mühlenbruch in Bd. 40. §. 1442. S. 194. fg.

28) L. 54. pr. D. de legat. I. cf. L. 48. §. 1. D. de hered. instit. Neuere Gesetzgebungen haben diese Bestimmung nicht aufgenommen. Vgl. Unger Erbr. §. 14. Anm. 3., Siebenhaar Comment. zum sächs. Gesetzb. §. 2081. Gruchot Erbr. II. S. 165. fg.

besondere Freundschaft, durch Verwandtschaft oder nähere Verwandtschaft mit einer derselben, der Beweis hergestellt werden, daß der Erblasser einer bestimmten Person unter jenen das Vermächtniß zugedacht habe [29]). Ist aber die Ungewißheit darüber nicht zu beseitigen, so kann keiner von denjenigen, welche etwa gemeint sein könnten, das Vermächtniß für sich in Anspruch nehmen, weil keiner zu erweisen vermag, daß er und kein anderer bedacht sei, und so ist dann das Vermächtniß wirkungslos [30]), wie jede letztwillige Erklärung, welcher ein bestimmter Willensinhalt nicht zu entnehmen ist [31]).

29) L. 33. §. 1. D. de cond. et dem. L. 62. §. 1. D. de hered. instit. Vgl. Voet. ad pand. XXXV. 1. §. 8. Gruchot a. a. O. S. 199. fg.

30) L. 3. §. 7. D. de adim. legat. XXXIV. 4. „in dando, si non appareat, cui datum sit, dicemus, neutri legatum." L. 10. pr. D. de reb. dub. XXXIV. 5. „Si legatum Sempronio amico fuerit relictum, et plures sint aequa caritate coniuncti". . . . „item si ex pluribus servis eiusdem nominis uni vel quibusdam libertas relicta est". . . . „verius est . . . legata et libertates impediri". cf. L. 27. D. eod. L. 31. D. de manum. testam. XL. 5.

31) L. 73. §. 3. D. de reg. iur. L. 17. — L. 2. D. de his quae pro non script. hab. XXXIV. 8. cf. L. 9. §. 9. L. 62. §. 1. D. de hered. instit. XXVIII. 5. — Dasselbe gilt, wenn zwar nicht die Willenserklärung an sich zweideutig, aber die nähere Bestimmung des Vermächtnißnehmers unter Mehreren von einem besonderen Umstand abhängig gemacht und alsdann nicht zu ermittteln ist, für welchen von jenen dieser entscheide: L. 10. pr. cit. „Si fuerit legatum relictum: *ex cognatis meis, qui primus capitolium ascenderit*, et simul duo venisse dicantur, nec apparet, quis prior venerit, an impedietur legatum? vel *ei, qui monumentum fecerit*, et plures fecerint."

Damit steht nicht im Widerspruch, was Paulus lehrt in L. 8. §. 3. D. de legat. II.:

> Si inter duos dubitetur de eodem legato, cui potius dari oportet, utputa si Titio relictum est et duo eiusdem nominis amici testatoris veniant et legatum petant, et heres solvere paratus sit, deinde ambo defendere heredem parati sint, eligere heredem debere, cui solvat, ut ab eo defendatur.

Paulus spricht nämlich dem Erben keineswegs das Recht ab, dem einen und dem anderen Prätendenten die Entrichtung des Legats zu verweigern, so lange nicht der eine oder andere den Beweis erbringt, daß er es sei, den der Erblasser bedenken wollte. Er setzt vielmehr voraus, daß der Erbe sich bereit zeige, das Vermächtniß zu entrichten, um sich seiner Verbindlichkeit zu entledigen und einen Rechtstreit darüber zu vermeiden. Wenn er aber nach Belieben dem einen das Vermächtniß auszahlte, so würde er Gefahr laufen, dasselbe noch einmal zahlen zu müssen, wenn der andere die Vermächtnißklage gegen ihn erhebt und den Beweis liefert, daß er vielmehr der wahre Vermächtnißnehmer sei. Darum kann der Erbe mit Recht verlangen, daß ihn derjenige, dem er auszahlen will, gegen jene Gefahr sicher stelle, und gegen den Anspruch des anderen die Vertheidigung des Erben zu übernehmen sich anheischig mache. Wenn nun beide Prätendenten dazu sich bereit erklären, so mag er wählen, welchem von ihnen er gegen solche Sicherstellung das Vermächtuiß einstweilen verabfolge, und ihnen überlassen, den Streit darüber, wem es wirklich gehöre, unter sich auszufechten. Der Erbe kann es aber auch darauf ankommen lassen, daß der eine und der andere die Vermächtnißklage gegen ihn

durchzuführen versuche, und, wenn es keinem gelingt, jenen Beweis zu erbringen, beiden das Vermächtniß vorenthalten [32]). Allerdings, darf man sagen, wenn

32) So erklärt schon die Glosse zu dem Worte *debere* in L. 8. §. 3. cit: „id est *posse* .... non enim necesse habet; immo dicitur impediri legatum .... Et nota, quod quidam dicunt, omnino nullum esse legatum: tu dic, aliquod esse, sed impediri, et ei praestandum qui probaverit, de se testatorem sensisse, ... alioquin non, nec enim deficit ius, sed probatio.“ Vgl. Voet. ad pand. l. c. „neutri debetur, quasi non iure, sed probatione deficiente.“ Cuiac. ad L. 8. §. 3. cit. (opp. VII. col. 1103.). Anderer Meinung ist Joh. Robertus controvers. lib. III. cap. 16. (Cuiacii opp. edit. Neapol. tom. X. col. 325.). Er versteht L. 8. §. 3. cit. von dem Falle, wenn beide Prätendenten Beweisgründe für sich anführen und nur zweifelhaft sei, für welchen die stärkeren Gründe sprechen; in diesem Falle müsse der Erbe einem von beiden gegen Sicherstellung das Legat entrichten; völlige Unwirksamkeit des Legats dagegen nach L. 8. §. 3. cit. sei nur dann zu behaupten, wenn die Bezeichnung ganz unbestimmt sei und keine Umstände vorliegen, aus welchen eine Entscheidung zu Gunsten des einen oder anderen abzuleiten sei. Als Grund für diese Auffassung führt er an: wenn der Erbe nicht genöthigt sei, einem von beiden zu zahlen, so wäre es auch überflüssig, ihm das Recht auf Sicherstellung gegen den anderen beizulegen, da er nichts zu besorgen habe, wenn er keinem zu zahlen brauche. Der streitsüchtige Gegner des Cuiacius übersieht dabei nur, daß es, wo die Sache noch im Zweifel liegt, dem Erben darum zu thun sein kann, sich selbst den Streit fern zu halten, und wenn er dies erreichen will, so muß er eben einen auswählen, dem er gegen Sicherstellung zahle. Die Glosse führt mit Recht zu ihrer Erklärung des *debere* als Parallelstelle an L. 4. §. 6. D. de off. procons. I. 16. „ingressus provinciam mandare iuris-

es gewiß ist, daß von bestimmten Personen der einen oder der andern vermacht sein sollte, gewiß also, daß nach dem Willen des Erblassers der Erbe das Vermachte nicht behalten sollte, ungewiß nur, welcher von jenen vermacht sei, so ist es ein ganz loyales Verhalten, wenn der Erbe erklärt, er sei bereit, das Vermächtniß zu entrichten, wenn er nur gegen die Gefahr, noch einmal zu zahlen, gedeckt werde, und überlasse es daher jenen, unter sich den Streit auszufechten, wem das Vermächtniß wirklich gebühre, und diese können dann etwa mit einander sich dahin verständigen, daß das Vermachte unter ihnen getheilt werde, oder auch, daß das Loos unter ihnen entscheiden solle. Einige Rechtsgelehrte haben denn auch die Theilung unter den Prätendenten für solchen Fall als ein angemessenes rechtliches Auskunftsmittel angedeutet [33]). Allein der eine von diesen gibt selbst zu,

dictionem legato suo *debet*"; der Proconsul muß nicht mandare iurisdictionem (L. 6. §. 1. D. eod.); aber, wenn er es thun will, muß er's nach seinem Eintritt in die Provinz thun.

33) Groenewegen de legib. abrog. et inusitat. ad L. 3. §. 7. D. cit. „Duo sunt Titii, pater et filius, Titio legatum est. Si non appareat, de quo sensit testator, abrogata hac lege iure novissimo ambos similiter legatum accipere magis est, ut nemo a commodo testatoris defraudetur." Der letzte Ausdruck ist Justinian's L. 4. §. 1. Cod. de verb. signif. VI. 38. entlehnt, wodurch Grönewegen die L. 8. §. 3. cit. für derogirt hält, mit Unrecht, da sich jene Constitution auf einen ganz anderen Fall bezieht (s. unten S. 456. Anm. 41.). Mit Grönewegen übereinstimmend sagt Schilter, praxis iur. rom. exercit. ad pand. XXXIX. §. 114., in Beziehung auf L. 10. pr. cit. (oben S. 448. Anm. 30. 31.): „... Ulpianus ... ait, impediri (legatum). Sed cur non possit res commode ita accipi, ut magis va-

daß dies im römischen Recht nicht begründet sei [34]), und daran hat auch die gemeine Meinung mit Recht festgehalten [35]). Dagegen hat das preußische Landrecht eine jenem billigen Ausgleichsbestreben entsprechende Bestimmung aufgenommen, indem es (I. 12. §. 542.) verordnet:

„Ist das Verhältniß vollkommen gleich, so muß die Erbschaft oder das Vermächtniß unter diejenigen, auf welche die Beziehung gedeutet werden kann, gleich getheilt werden" [36]).

Ein anderer Fall ist, wenn der Erblasser von

leat quam pereat . . . ita nempe ut uterque ex *dimidio* legatum capiat . . . Eoque iure in foro hodierno nos uti Groenewegen ad h. l. et l. 3. D. de adim. legat. annotavit." Schilter bemerkt sogar, es ließe sich behaupten: „utrumque solidum capere posse, quia uterque primus fuit," wie Scipio Africanus Mehreren, die gleichzeitig zuerst die feindlichen Mauern erstiegen, jedem den ganzen dem ersten, der die Mauern ersteige, versprochenen Preis zuerkannt habe.

34) Schilter l. c. At romanae tamen iurisprudentiae placuit, stricte inhaerere verbis testatoris in favorem heredis.

35) Franc. Mantica de coniectur. ult. volunt. lib. IV. tit. 4. Jac. Menoch. de praesumt. lib. IV. praes. 25. Nr. 5. 6. 8. Lauterbach colleg. theor. pract. lib. XXXIV. tit. 5. §. 2. Stryk. usus modern. lib. XXX—XXXII. §. 30. Voet. ad pand. l. c. Schweppe Privatrecht fortges. von Mejer V. §. 790. S. 54. Anm. 1. v. Wening-Ingenheim Civilrecht V. §. 454. not. p. Göschen Civilrecht V. §. 824. Anm. 10. Westphal I. §. 662. 663. Tewes Erbr. II. §. 36. S. 212. Mühlenbruch a. a. O. S. 194. Anm. 35.

36) Getadelt wird dies als „Machtspruch des Gesetzes" im Gegensatz gegen „das allein richtige Prinzip" des römischen Rechts von Gruchot II. S. 200.

mehreren unzweideutig bezeichneten Personen ausdrücklich der einen oder der andern vermacht hat. Einen solchen Fall betrifft, aus des Celsus lib. XVI. Digest. entnommen [37]), L. 16. D. de legat. II. Sie sagt:

Si Titio aut Seio, utri heres vellet, legatum relictum est, heres alteri dando ab utroque liberatur; si neutri dat, uterque perinde petere potest, atque si ipsi soli legatum foret; nam ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest id fieri.

Der Verfasser hat offenbar ein Damnationslegat im Sinne; er erkennt darin eine wahre aktive Correalobligation, kraft deren das Legat erhält, wer dem anderen zuvorkommt [38]).

Es wird dabei vorausgesetzt, daß die Wahl unter den alternativ bedachten Titius und Seius ausdrücklich dem Erben überlassen sei. Da nun für die Erklärung dieser Wahl keine Zeit bestimmt ist, so halten Savigny und Ribbentrop dafür, daß die Correalobligation erst entstehe zu der Zeit, da der Erbe sich hätte erklären sollen, aber unthätig bleibt; Huschke dagegen nimmt an, der Erbe habe die Wahl, so lange er lebe, und die Worte „si neutri dat", seien zu verstehen „wenn er

37) So nach dem Cod. Florent., wo die Inskription lautet: *Idem* libro XVI. Digest.," während die vorhergehende L. 7. eod. überschrieben ist: „Celsus lib. VI. Dig." Viele Ausgaben aber, namentlich auch Gothofredische, haben „Paulus lib. VI. Dig."

38) Vgl. Cuiac. ad h. l. (opp. VII. col. 1115.). J. G. Ribbentrop z. L. v. d. Correalobligationen, Göttingen 1831. S. 119. Savigny, Obligationenrecht I. S. 157. fg. H. Fitting, die Natur der Correalobligationen, Erlangen 1859. S. 151. fg. S. 220.

während seiner Lebzeiten keinem von beiden gibt", es entstehe also eine Correalobligation erst mit dem Tode des Erben, wie in dem Falle, wenn das Legat lautete: „heres meus fundum meum, cum morietur, Titio et eundem fundum Seio dato" [39]). Nach dieser Auffassung wird ein Rechtsfall in einer der dem Quintilian beigelegten Declamationen (Nr. 318.) wirklich behandelt. Dem Erben war auferlegt, einem von zwei Freigelassenen, welchem er wolle, ein Legat zu zahlen. Der eine klagt, wird aber abgewiesen, weil der Erbe nicht ihm zu geben schuldig sei. Darauf klagt der andere. Die Declamation vertheidigt den Erben dagegen, nicht mit Berufung auf die processualische Consumtion, welche bei einer wahren Correalobligation nach damaligem Recht durch die Litiscontestation mit dem ersten Kläger bewirkt sein würde, sondern mit Bezugnahme darauf, daß ihm die Wahl, welchem von beiden er geben wolle, ohne Zeitbeschränkung, also bis zu seinem Tode, freigestellt sei. Allein Celsus muß eben doch anderer Ansicht gewesen sein. Die Schlußworte der L. 16. cit. sprechen deutlich aus, daß er der Meinung war, es könne auch durch Testament eine Correalforderung begründet werden, und zwar durch den Willen des Erblassers, wie unter Lebenden durch Stipulation, nicht blos zufällig und nachträglich in Folge davon, daß der Erbe jenem Willen nicht nachkomme, und so erst bei seinem Tode [40]); und dieses erkannte Celsus als den Inhalt und die Wirkung des vorliegenden Legats. Dann aber konnte er noch weniger Bedenken tragen, dasselbe

39) Ed. Huschke in der Gießener Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß N. F. IV. S. 410.

40) Vgl. Fitting a. a. O. S. 154. Anm. 179. a. E. Fritz in der Gießener Zeitschr. N. F. XXII. S. 458. Anm. 23.

anzunehmen, wenn das Damnationslegat nur lautete: „Titio aut Seio dato," ohne den Zusatz „utri volet." Bedenklicher dagegen mußte ein Vindicationslegat gleicher Art erscheinen, z. B. „Titio aut Seio fundum meum do lego," insofern dieses als reines Vindicationslegat den unmittelbaren Uebergang des Eigenthums bewirkte, eine Klage gegen den Erben als solchen nicht erzeugte, sondern nur eine Vindicatio gegen den Besitzer gab. Denn wie sollte dieses „Entweder — Oder" entschieden werden? welchem von beiden das Eigenthum ipso iure erworben sein? Dem Wortinhalt gemäß konnten auch nicht concursu partes fieri, da nicht utrique, sondern alterutri eadem res legata erat. Nicht weniger bedenklich war ein solches Legat mit dem Zusatze „utri heres volet." Denn es gab keine Klage gegen den Erben, welche diesen nöthigen konnte, sich zu erklären, oder seine Erklärung überflüssig machte, und wenn man etwa das Legat in zwei bedingte Legate „si heres volet" zerlegen wollte, so würde jedes für sich schlechthin in den Willen des Erben gestellt, also ungültig sein. Es ist begreiflich, daß sich sehr verschiedene Ansichten in der Beurtheilung eines solchen Vermächtnisses geltend machten. Noch mehr Anlaß war zu solcher Meinungsverschiedenheit, wenn eine Erbeinsetzung oder Vormundsernennung in gleicher Weise alternativ auf mehrere Personen gerichtet war: Titius aut Seius heres esto, tutor filio meo esto." Justinian selbst führt diese Meinungsverschiedenheiten an in der Einleitung zu einer Decision, welche deren Beseitigung bezweckt [41]). Seine Entscheidung (in §. 1. des Gesetzes) lautet folgendermaßen:

41) L. 4. Cod. de verb. signif. VI. 38. (Imp. Justinianus

Melius itaque nobis visum est, omni huiusmodi verbositate explosa, coniunctionem *aut* pro *et* accipi, ut videatur copulativo modo esse prolata et magis sit παραδιάζευξις, ut et primam personam inducat et secundam non repellat. Quemadmodum enim verbi gratia in interdicto quod vi aut clam *aut* coniunctio pro *et* apertissime posita est, ita et in omnibus huiusmodi casibus sive institutionum sive legatorum vel fideicommissorum vel libertatum seu tutelarum hoc esse intelligendum, et (oder *ut* oder *ut et*) ambo veniant aequa lance ad hereditatem, ambo legata similiter accipiant, fideicommissum in utrumque dividatur, libertas utrumque capiat, tutoris ambo fungantur officio. Sic nemo defraudetur a commodo testatoris, etc. [42]).

Diese Entscheidung war freilich vielmehr ein Macht-

A. Joanni P. P. p. Chr. 531.): Quum quidam sic vel institutionem vel legatum vel fideicommissum vel libertatem vel tutelam scripsisset; *ille aut ille mihi heres esto*, vel *illi aut illi do lego* vel *dari volo* vel *illum aut illum liberum* aut *tutorem esse volo* vel *iubeo*, dubitabatur, utrumne inutilis sit huiusmodi institutio et legatum et fideicommissum et libertas et tutoris datio, an occupantis melior conditio sit, an ambo in huiusmodi lucra vel munia vocentur, et an secundum aliquem ordinem admittantur, an uterque omnimodo, quum alii primum in institutionibus quasi institutum admitti, secundum quasi substitutum, alii in fideicommissis posteriorem solum accepturum fideicommissum existimaverunt, quasi recentiore voluntate testatoris utentem (vielleicht *nitentem?*)

42) Vgl. dazu die ausführliche Erklärung des Cuiacius in den recitat. solemnes ad Cod. lib. VI. tit. 38. L. 5. cit. (opp. IX. col. 828. sq.)

spruch des Gesetzes, der den Knoten zerhaut, als eine Willensinterpretation, die ihn löset. Die zur Rechtfertigung derselben herbeigezogene Parallele ist verfehlt [43]); zu rechtfertigen ist sie nur, indem man von der Voraussetzung ausgeht, daß der Erblasser sich verkehrt ausgedrückt, *aut* statt *et* gesagt habe; was doch eine etwas gewaltsame Annahme ist. Doch ist dieselbe Regel noch im sächsischen Gesetzbuche aufgenommen [44]), und auch nach österreichischem Recht, das keine Entscheidung darüber enthält, glaubt Unger [45]), dürfe man wohl das „oder" in „und" verwandeln, wohingegen Gruchot [46]) für das preußische Recht vielmehr der gewählten Fassung „A oder B soll mein Erbe sein" es allein entsprechend findet, daß man den A als den zunächst Berufenen,

43) Wenn das prätorische Edict die Interdictsformel aufstellte: Quod vi *aut* clam factum est, q. d. r. a., id (nach der Emendation von Stölzel: *intra annum),* cum experiundi potestas est, restituas, so war das *aut* nicht = *et* zu verstehen; der Kläger brauchte nicht zu beweisen, daß *et* vi *et* clam, sondern nur entweder, daß vi, oder, daß clam factum erat; der Jurist folgerte nur, daß dieselbe Interdiktsformel auch anwendbar sei, wenn „quid et vi et clam fiat partim et partim in eodem opere" (L. 11. §. 5. D. quod vi aut clam. XLIII. 24.), und natürlich konnte man sagen, sie finde Anwendung *et* si vi *et* si clam factum erat; aber der Kläger wäre sehr thöricht gewesen, wenn er die Verwandlung des *aut* der Formel in *et* in dem prätorischen Verbot veranlaßt oder nur zugelassen hätte.

44) §. 2167. „Hat der Erblasser Mehrere in der Weise zu Erben ernannt, daß entweder der Eine oder der Andere Erbe sein soll, so ist anzunehmen, daß Alle erben sollen." Siebenhaar Comment. III. S. 262.

45) Oesterr. Erbrecht §. 14. Anm. 4. S. 61.

46) Preuß. Erbr. I. S. 372. fg.

B aber als substituirten Erben ansehe. Bei Vermächtnissen insbesondere, seitdem auch das Vindicationslegat immer zugleich eine Obligatio des Erben erzeugt, liegt es wahrlich näher, eine Correalforderung als beabsichtigt anzunehmen, wie denn selbst Huschke [47]) nicht in Abrede stellt, daß man wohl auch dies in dem Legat „Titio aut Seio dato" ausgesprochen finden könne. Wie man aber darüber denken mag, für das römische Recht ist durch Justinian's Constitution entschieden, daß ein alternatives Legat dieser Art als ein Mehreren gemeinschaftlich (coniunctim) hinterlassenes Legat anzusehen ist, so daß jeder zu gleichem Theile darauf Anspruch machen kann [48]). Aber dieses findet nicht Anwendung, wenn, wie in L. 16. D. de legat. II. vorausgesetzt ist, der Erblasser dem einen oder anderen vermacht hat, mit dem ausdrücklichen Beisatze: „welchem der Erbe wolle." In diesem Falle könnte die Entscheidung der L. 4. Cod. l. c. auch nicht durch die Annahme gerechtfertigt werden, daß der Erblasser sich nur im Ausdruck vergriffen, die Disjunctiv- mit der Copulativ-Partikel verwechselt habe. Daher konnte die L. 16. cit. mit voller Ueberlegung, als nicht im Widerspruche mit L. 4. cit. stehend, noch in die Digesten aufgenommen werden [49]). Eben so wenig wie L. 16. cit. stehen an-

47) Gießener Zeitschr. N. F. IV. S. 409.

48) Die Freiheit, als untheilbar, wird jedem Sklaven ganz zugesprochen, das Vermächtniß aber soll getheilt werden (in utrumque dividatur).

49) Man hat wohl vermuthet, in L. 16. cit. seien die Worte: *utri heres vellet* mit Rücksicht auf L. 4. cit. interpolirt worden. Dann würde sich darin die Absicht, diesen Fall nicht der L. 4. cit. zu unterstellen, erst recht bestimmt ausgesprochen haben. Aber es fehlt an genügendem

dere Stellen den Digesten, in welchen dem Erben eine Wahl unter Mehreren, auf die das Vermächtniß Bezug hat, eingeräumt ist, mit L. 4. cit. in Widerspruch. Es könnte aber gefragt werden, ob diese nicht mit L. 16. cit. im Widerspruch stehen, in so fern als nach dieser eine Correalforderung der alternativ bedachten Legatare angenommen wird. Hier sind vorerst zwei Stellen auszuscheiden, welche den Fall betreffen, wenn dem Erben ein erst nach seinem Tode zu entrichtendes Fideicommiß auferlegt ist [50]). In der ersten Stelle setzt Papinian ein Fideicommiß des Inhalts:

„*Rogo, fundum, quum morieris, restituas ex libertis cui voles*“

und beurtheilt dasselbe wie folgt:

Quod ad verba attinet, ipsius erit electio, nec petere quisquam poterit, quamdiu praeferri alius potest; defuncto eo, priusquam eligat, petent omnes. Itaque eveniet, ut, quod uni datum est, vivis pluribus unus petere non possit, sed omnes petant, quod non omnibus datum est, et ita demum petere possit unus, si solus moriente eo superfuit.

Grunde zu jener Vermuthung. Celsus konnte sich sehr wohl veranlaßt finden, ein Legat mit jenem Beisatze buchstäblich anzuführen, im Gegensatze nicht nur gegen das Legat „Titio aut Seio“ ohne allen Zusatz, sondern auch gegen dasselbe Legat mit anderem Zusatz, z. B. *utri Sempronius volet*, oder *uter prior petierit*, in welchem letzten Fall eine Correalforderung ganz unzweifelhaft begründet war.

50) L. 67. §. 7. D. de legat. II. (Papinian. lib. XIX. quaest.). L. 77. §. 4. D. eod. (Papinian. lib. VIII. respons.).

Das Fideicommiß ist an einen dies incertus geknüpft, der conditionem facit [51]); erst mit dem Tode des Erben tritt der Anfall desselben ein, und nur Freigelassene, welche diesen erleben, können Anspruch darauf machen. Erleben ihn mehrere, und der Erbe hat keinem von diesen vor seinem Tode das Fideicommiß bestimmt, so können alle zusammen Anspruch darauf machen, zusammen, d. h., indem sie mit einander concurriren, zusammen das fragliche Grundstück erhalten. Eben so wird in der zweiten Stelle, welche den Fall setzt, daß hereditatem filius, quum moreretur, filiis suis, vel cui ex his voluisset, restituere rogatus fuerat, entschieden, daß, wenn der Erbe keine Wahl getroffen, die Erbschaft unter diejenigen Kinder sich theile, welche den Vater überleben [52]). In beiden Fällen wird also nicht,

51) L. 75. D. de cond. et dem. XXXV. 1.

52) „nec fideicommissi conditionem ante mortem filii heredis existere, viriles autem inter eos fieri, qui eo tempore vixerint, *quum de aliis eligendi potestas non fuerit.*" Statt der unterstrichenen Worte ist neuestens vorgeschlagen, zu lesen: *quum de illis eligendi potestate usus non fuerit.* C. Fuchs, kritische Studien zum Pandektentext, Leipzig 1867. S. 20., welcher annimmt, es habe ein Abschreiber „statt des zu geminirenden us *as* gelesen und mit dem vorangehenden potest (Abbreviatur für potestate) verbunden," und dann sei, „von einem denkenden Abschreiber das illis in aliis verschlimmbessert". Ich halte diesen Vorschlag für verfehlt. Der Verfasser glaubte die Schlußworte auf die Bestimmung des Zeitpunktes beziehen zu müssen, den die Kinder erleben müßten, damit Virilitheilung eintrete. Das ist unrichtig. Die Worte *eo tempore* weisen einfach auf *mortem filii heredis* hin. Der Schlußsatz sagt dann nur: denn auf andere Kinder, als welche ihn überleben, kann die Wahl des Erben nicht fallen, oder ist wenigstens ohne Wirkung. Uebrigens be-

wie in L. 16. cit., eine Correalobligation angenommen, natürlich, weil keiner der Freigelassenen oder Enkel bei Lebzeiten des eingesetzten Erben, ante diem fideicommissi cedentem, klagen konnte; der Erbe sollte aber auch nicht durch Unterlassung der Wahl das Fideicommiß ganz vereiteln können; darum wurde in diesem Falle allen der Anspruch gegeben [53]).

In anderen Stellen aber wird ein Vermächtniß gleicher Art, obwohl dasselbe nicht bis zur Todeszeit des Beschwerten hinaus verschoben ist, doch in gleicher Weise beurtheilt, sobald der Beschwerte das ihm einge-

antwortet Papinian in dieser Stelle zunächst die Frage, ob die Möglichkeit der Wahl durch die Deportation des eingesetzten Sohnes ausgeschlossen werde? was er verneint. Vgl. Cuiac. in lib. VIII. respons. Papiniani ad L. 77. §. 4. cit. (opp. IV. col. 1146.) und in tit. D. de legat. II. ad h. l. (opp. VII. col. 1240), Nic. Antonius de iur. exulum in Meerm. thesaur. III. pag. 76.

53) Vgl. Cuiac. in lib. XIX. quaest. Papiniani ad L. 67. §. 7. cit. (opp. IV. col. 529. sq.) und in tit. D. de legat. II. ad h. l. (opp. VII. col. 1201 sq.). Ant. Faber de error. pragmat. decad. LIII. err. 6. Westphal I. §. 339. erklärt die Worte, „sed omnes petant“ in L. 67. §. 7. cit.: das heiße „soviel, als, ein jeder von den bestimmten Personen habe ein Recht, sich zu melden, obgleich der Erbe nicht schuldig ist, das Legat unter alle zu vertheilen, sondern er entweder solches thun kann, oder die Wahl hat, Einem unter ihnen Alles zu geben.“ Das ist offenbar nicht Papinian's Meinung; dieser hat die Zeit nach dem Tode des Erben im Auge, der gestorben ist, ohne zu wählen: „defuncto eo priusquam eligat,“ wornach eine Wahl nicht mehr stattfindet und darum *„petent omnes,“* d. h. nicht blos alle sich melden, sondern alle fordern können.

räumte Wahlrecht nicht, wie er sollte, ausübt. Einen solchen Fall bespricht L. 24. D. de legat. II. (Ulpian. lib. II. fideicommiss.):

Quum quidam ita fideicommissum reliquisset, *rogo, restituas libertis meis, quibus voles*, Marcellus putavit, posse heredem et indignum praeferre .... Idem ait, si neminem eligat, omnes ad petitionem fideicommissi admitti videri, quasi iam praesenti die datum, quum sic relinquitur, *quibus volet* [54]), nec ulli offerat. Plane si ceteri defuncti sunt, superstiti dandum vel heredi eius, si, priusquam peteret, decessit.

Marcellus war also der Meinung, daß, wenn nicht der Erbe alsbald sich entscheide, alle Freigelassenen concurrirend das Fideicommiß begehren können, jedoch, wenn vor erklärter Wahl einige gestorben wären, nur mehr der überlebende oder, wenn auch dieser zuvor sterbe, dessen Erbe.

Scaevola autem notat: si omnes petere potuerunt, quum nulli offertur, cur non et qui decesserunt ad heredem transmiserunt? utique si uno petente iam eligere non potest, cui det? Videtur enim Marcellus, quum fideicommissum ita relinquitur: *ex libertis cui volueris*, arbitrari, nisi offerat, cui heres velit, et statim offerat, sine aliquo scilicet intervallo statim competere omnibus petitionem. Quum igitur omnibus competat, merito notatus est, cur superstiti soli putet dandum, nisi forte, antequam iustum tem-

54) Diese Worte, meint Huschke a. a. O., seien als Glossem hinauszuwerfen.

pus praetereat, quo potuit eligere, cui potius offerat, ceteri decesserint.

Scaevola's Tadel gegen Marcellus war wohlbegründet, wenn nämlich der letzte das fragliche Fideicommiß vollkommen als praesenti die datum ansah, cuius dies mortis testatoris tempore cedit; denn alsdann war das Anrecht darauf allen Freigelassenen, die nur den Tod des Erblassers erlebten, sofort erworben, wenn nicht unmittelbar darauf der Erbe dasselbe einem bestimmte, und wurde auf deren Erben übertragen; es war inconsequent, nur den noch lebenden Freigelassenen und nur dem Erben des letztlebenden die petitio fideicommissi zu gestatten. So urtheilt denn auch Ulpian, nur mit dem mildernden Zusatze, daß in so fern die Meinung des Marcellus wohl gerechtfertigt erscheine, als man den Fall in's Auge fasse, wenn der Tod einzelner Freigelassenen schon erfolgte, bevor noch dem Erben Zeit gelassen war, sich darüber zu erklären, welchem er das Vermächtniß zuwenden wolle, und vielleicht wollte Ulpian mit dieser Bemerkung den Marcellus gegen jenen Tadel verwahren, voraussetzend, daß eine gewisse Frist der Erklärung doch auch dieser dem Erben nicht absprechen wollte, und das Fideicommiß nicht absolut als allen unbedingt hinterlassen betrachtete [55]).

55) Cuiac. ad L. 17. §. 1. D. de legat. II. (opp. VII. col. 1119.) bemerkt darüber: Sed verisimile non est, esse ita durum Marcellum, ut heredi non dederit modicum temporis ad consultandum, quo nondum finito liberti qui decesserunt, nihil transmiserunt. Post illud autem tempus quandocunque decesserint actionem quasi puri legati in heredes transmiserunt. . . . Atque ita Ulpianus satis obscure in fine d. l. 24. Marcellum a reprehensione Scaevolae vindicavit.

Der Hauptpunkt aber ist, daß, wenn die Wahl nicht in angemessener Zeit erfolgt, allen Freigelassenen, beziehungsweise den Erben der erst nachher verstorbenen, gegen den noch lebenden Vermächtnißträger die Fideicommißforderung zugesprochen wird. Darin stimmt Ulpian dem Marcellus, beziehungsweise dem Scaevola, stillschweigend bei. Zwar sind auch in dieser Beziehung Andere anderer Meinung [56]). Aber die Worte:

56) So namentlich Westphal I. §. 338. Dieser gibt S. 262—268. eine ausführliche aber verworrene Erklärung der L. 24. cit. Er sieht das Fideicommiß als ein unbedingtes an, gibt aber gleichwohl dem Erben das Recht der Wahl, so lange er lebt, versteht also die allen eingeräumte petitio, wie in L. 67. §. 7. cit. (Anm. 53.), nur dahin, daß alle sich melden können, aber der Erbe unter ihnen noch nach Belieben einem den Vorzug geben könne, und zwar nach der Ansicht des Scaevola auch den Erben eines schon verstorbenen Freigelassenen. „Der Erbe des Testirers", sagt er, „hat in solchem Falle das Recht, auch von den übrigen, so nach dem Erblasser gestorben, sich die Erben auszusuchen;" und: „Sind also bald nach dem Tode des Erblassers diejenigen, unter denen zu wählen, gestorben, so können deren Erben noch verlangen, daß einer der Erbstämme gewählt und diesen das Legat gegeben werde, und wenn keine Wahl erfolgt, können sie alle Anspruch machen." Die Schlußworte „nisi forte" etc. versteht er von dem Falle, wo der Erblasser dem Erben eine Zeit zur Wahl bestimmt habe, in welchem Falle bis zur Wahl oder bis zum Ablauf der Zeit das Vermächtniß für Alle gleichsam bedingt sei, nachher aber der Erbe nicht mehr wählen könne, sondern das Vermächtniß nunmehr allen jenen Zeitpunkt Ueberlebenden oder deren Erben zukomme. Westphal ist hiernach nicht berechtigt den Ant. Faber zu meistern, der in seinen errores pragmat. dec. LIII. err. 5—9. sich mit solchen Wahlvermächtnissen überhaupt beschäftigt und dec. LIV. err.

„omnibus competere petitionem" mit Westphal von einem bloßen „sich melden" zu verstehen, ist willkürlich und sprachwidrig. Eher könnten sie auf ein Correalverhältniß gedeutet werden, wornach der erst Klagende die übrigen ausschließen würde, und dafür könnte man sich auf den Satz: „utique si uno petente iam eligere non potest, cui det," berufen. Daß aber Marcellus vielmehr der Meinung war, es können alle zusammen, jeder zu seinem Antheil, das Fideicommiß fordern, geht hervor aus der gleichfolgenden Stelle, L. 25. D. eod. (Marcell. lib. XV. Dig.):

Si tamen quibusdam absentibus praesentes petent, quum praesenti die relictum sit fideicommissum, causa cognita statuendum est explorandumque, an et alii sint petituri.

Wurde ein Correalverhältniß angenommen, so war gar kein Anlaß gegeben, um die abwesenden Freigelassenen sich zu bekümmern; durch die Klage der anwesenden wurden jene von selbst ausgeschlossen. Weil aber Allen gemeinsam der Anspruch zustand, so mußte sich der Erbe versichern, ob nicht auch noch abwesende den Anspruch zu ihrem Theile erheben können, bevor er das ganze Fideicommiß den anwesenden ausantwortete.

Bestätigt wird Vorstehendes durch L. 21. §. 1. D. de statulib. XL. 7. (Pompon. lib. VII. ex Plautio):

Pactumeius [57]) Clemens aiebat, si ita sit

1—6. die L. 24 cit. insbesondere weitläufig bespricht, in beliebter Manier mit Ausfällen auf die inscitia Triboniani, übrigens ebenfalls, wenn keine Frist dafür festgesetzt ist, dem Erben bis zu seinem Lebensende die Wahl freiläßt.

57) Ueber diesen Namen vgl. L. 92. D. de hered. instit.

fideicommissum relictum: ***cui eorum voles rogo restituas***, si nullum elegisset, cui restituerit, omnibus deberi imperatorem Antoninum constituisse.

Darnach war also selbst durch die Autorität des Antoninus Pius entschieden: omnibus deberi, und das heißt zweifelsohne, daß alle gemeinsam die Forderung haben, aus der Aufnahme dieser Stelle in den Titel de statuliberis aber ist zu schließen, daß auch hier, wie in L. 24. cit., ein „den Freigelassenen“ hinterlassenes Fideicommiß mit jenem Zusatze vorausgesetzt wurde. In derselben Weise nun beurtheilt Marcellus die Wirkung eines verwandten Damnationslegats in L. 17. §. 1. D. de legat. II.

Si heres damnatus esset, decem uni ex libertis dare, si non constituerit, cui daret, heres omnibus eadem decem praestare cogendus est.

Er will offenbar nicht sagen, daß er allen, d. i. einem jeden, zehn geben müsse; er sagt aber auch nicht, daß nur einer darauf klagen könne und dadurch die anderen ausschließe, sondern omnibus, d. i. allen zusammen, *praestare* cogendus est.

Hiernach ist nun das Resultat in diesem Falle ein anderes, als in der unmittelbar vorhergehenden L. 16. D. eod. von Celsus angenommen wird, und wenn man das „einem der Freigelassenen“ oder „den Freigelassenen, welchem der Erbe will“ hinterlassene

XXVIII. 5. Bynkershoek obs. III. 7. Nach Gebauer Anm. 30. zu L. 21. §. 1 cit. haben Vulgatausgaben *Pacuvius*, aber nicht so H. a Porta, den er ebenfalls anführt, in der glossirten Ausgabe von 1572, wo vielmehr, wie in anderen Ausgaben, nach der Torellischen *Pactum eius* zu lesen ist.

Vermächtniß auffaßt als dem einen oder anderen oder dritten u. s. w. vermacht, so kann man allerdings sagen, die letzterklärten Stellen stehen mit L. 16. cit. im Widerspruch. So wird denn auch von Fitting a. a. O. S. 153. fg. Anm. 179. die Sache aufgefaßt. Er erblickt in der Stelle des Celsus nur eine zu dessen Zeit allerdings geltende Regel, die aber durch Antonin's Rescript nach L. 21. §. 1. cit. beseitigt worden sei, also „älteres zur Zeit des Marcellus schon nicht mehr praktisches Recht", und macht den Compilatoren, in so fern sie durch Aufnahme der L. 16. cit. die Begründung einer Correalforderung durch alternative Honorirung auch nach L. 4. Cod. cit. noch als möglich erklären wollten, den Vorwurf der Achtlosigkeit, daß sie gleichwohl noch L. 17. §. 1. L. 24. L. 67. §. 7. L. 77. §. 4. D. eod. und L. 21. §. 1. D. de statulib. aufgenommen haben. Dieser Vorwurf träfe sie um so mehr, als die meisten dieser Stellen sich in demselben Titel finden und L. 17. §. 1. cit. sogar unmittelbar an die L. 16. cit. sich anreiht. Allein eben dieser Umstand berechtigt zu der Annahme, daß man ein Vermächtniß, welches einer unter einer gemeinschaftlichen Bezeichnung begriffenen Gesammtheit von Personen („den Freigelassenen" „den Kindern") mit Wahlrecht des Erben, oder „Einem" aus solcher Gesammtheit hinterlassen ist, nicht auf eine Linie stellte mit demjenigen, welches ausdrücklich (mit der Disjunctivpartikel aut — aut) mehreren namentlich genannten, der einen oder anderen, angewiesen wird. Hierin konnte man den Willen, eine Correalforderung zu begründen, ausgesprochen finden; dort hingegen mochte es so angesehen werden, als sei das Vermächtniß allen bestimmt, nur mit dem Recht des Erben, durch seine Wahl einige davon auszuschlie-

ßen [58]), bei deren Unterlassung dann alle Anspruch darauf machen können, so wie auch, namentlich in dem Fall der L. 24. cit., der Erbe unbedenklich alle wählen und unter alle das Fideicommiß gleichmäßig vertheilen könnte.

Hiernach kann man auch nicht der Meinung Fitting's beipflichten, welcher in den oben erklärten Stellen noch Spuren der von Justinian in L. 4. Cod. cit. erwähnten Meinungsverschiedenheiten zu erkennen glaubt. Die dort vorkommenden Meinungsverschiedenheiten betrafen gar nicht die Erklärung des vom Erblasser gesetzten „Entweder — Oder", sondern nur die Frage, welche Folge die Unterlassung der dem Erben ausdrücklich eingeräumten Wahl habe; die L. 4. cit. hingegen betrifft gar nicht den Fall, wenn dem Erben die Wahl unter Mehreren eingeräumt ist. Bei Vermächtnissen, zumal bei dem Damnationslegat und dem Fideicommiß, war eigentlich am wenigsten Anlaß zu jener Decision gegeben; denn hier lag es, auch ohne daß dieses ausdrücklich erklärt war, überall nahe und verstand es sich eigentlich von selbst, dem Erben die Wahl zu geben, und nur darüber etwa, welche Wirkung eintrete, wenn dieser nicht wählte, wären Zweifel zu lösen gewesen. Bei der Erbeinsetzung aber oder der Ernennung

58) Die Worte selbst legen diese Erklärung nahe in dem Falle der L. 77. §. 4. D. de legat. II., wo der Erbe ersucht war: filiis suis aut cui ex his voluisset restituere. Gegen diese Auffassung polemisirt zwar Ant. Faber a. a. O. (LIII. 5.), aber auch er erkennt doch eine wesentliche Verschiedenheit zwischen den Fällen in L. 16. und L. 17. §. 1. eod. (LIV. 5.). Vgl. dazu Cuiac. ad ll. cc. (opp. VII. col. 1115. 1118.) Westphal I. §. 338. 724. Huschke a. a. O. S. 411.

eines Vormundes war disjunctive Nennung mehrerer Personen eine so zu sagen verzweifelte Sache, die eine gesetzgeberische Lösung dringend erheischte [59]). Indessen hat Justinian seine Decision auch auf das Mehreren alternativ gegebene Vermächtniß bezogen, und darnach ist nun auch hier das aut einfach in et umzudeuten — wenn nicht dem Beschwerten ausdrücklich die Wahl eingeräumt ist.

In zwei Digestenstellen aber finden wir eine Ausnahme von der Entscheidung der L. 4. cit. oder eine einschränkende Erklärung derselben anerkannt. In L. 77. §. 32. D. de leg. II. führt Papinian ein Fideicommiß folgenden Inhalts an:

> *A te peto, marite, si quid liberorum habueris, illis praedia relinquas, vel si non habueris, tuis sive meis propinquis, aut etiam libertis nostris;*

und er urtheilt darüber:

> non esse datam electionem, sed ordinem scripturae factum substitutioni, respondi.

Er folgt also einer von Justinian zwar auch erwähnten, aber nicht gebilligten Auslegung, derjenigen nämlich, welcher der preußische Rechtsgelehrte den Vorzug gibt, wornach in der alternativen Nennung Mehrerer eine Substitution der nachgenannten erkannt wird [60]).

59) Vgl. auch Westphal I. §. 348. Er findet Justinian's Entscheidung „bei Erbeinsetzungen, Legatis vindicationis, Libertatibus directis und Vormundschaften sehr vernünftig." In Beziehung auf andere Vermächtnisse aber findet er darin eine Innovatio, „wobei vetustatis iura secundum veteres regulas et antiquas definitiones nicht incorrupta geblieben sind."

60) Vgl. oben Seite 457. Anm. 46.

Gleichwohl braucht man diese Stelle noch nicht als widersprechend der L. 4. cit. anzusehen. Daß die Kinder des Mannes allen anderen vorgehen sollten, war in der vorgelegten Verfügung klar ausgesprochen; aber auch, daß die Freigelassenen den Verwandten nachstehen sollten, war durch die Art, wie sie am Ende genannt werden (*aut etiam libertis*), nahe genug gelegt. Nur die Worte *tuis sive meis propinquis*, scheint es, müßten nach L. 4. Cod. copulativ als gleichbedeutend mit *tuis et meis propinquis* verstanden werden. Aber da schon eine Substitution angeordnet ist, schien es wohl berechtigt, nach dem ganzen Zusammenhang der Verfügung, auch darin eine successive Honorirung der beiderseitigen Verwandten, eine Substitution der letztgenannten zu erkennen [61]). Die Aufnahme dieser Stelle in den Pandekten, wie die der L. 16 cit., beweist daher nur, daß die in L. 4. cit. sanktionirte Auslegung nicht absolut, sondern nur in so fern gelte, als nicht im einzelnen Falle ein anderer Wille des Erblassers erkennbar sei, wie auch der Commentator des sächsischen Gesetzbuchs, das die Entscheidung Justinian's sich angeeignet hat, die Beachtung einer anderen erkennbaren Willensmeinung des Erblassers vorbehält [62]). Aus demselben Gesichtspunkte erklärt sich vollkommen befriedigend eine andere Stelle, die Fitting a. a. O. ebenfalls noch als eine Spur

61) So schon die Glosse zu L. 77. §. 32. cit., desgl. Cujacius im Commentar zu Papinian's Responsa (opp. IV. col. 1175.) und zu Dig. lib. XXXI. (opp. VII. col. 1265).

62) Vgl. oben Seite 457. Anm. 44. Siebenhaar III. S. 262. „Uebrigens versteht es sich von selbst, daß, wenn eine andere mens testatoris nachgewiesen werden kann, dies zu berücksichtigen ist.“

des alten Rechts enthaltend anführt, L. 3. §. 1. D. de adimend. legat. XXXIV. 4. (Ulp. lib. XXIV. ad Sabin.):

Si quis Titio legaverit sic: *Titio dato, aut, si Titius ante decesserit, quam accipiat, Sempronio dato,* secundum meram subtilitatem utrique obligatum videri heredem, id est et Sempronio et heredi Titii.

Das Legat an Titius war den Worten nach ein unbedingtes, cuius dies morte testatoris cedit. Wenn also Titius nur den Erblasser überlebte, so würde das Vermächtnißrecht auf seine Erben übergehen. Wenn er aber nicht vor seinem Tode das Vermächtniß schon empfangen hat, so ist die Bedingung erfüllt, unter welcher dieselbe Sache dem Sempronius vermacht ist. Nun würde also nach strenger Wortauslegung das Legat gleich sein dem Legate: *Titio aut Sempronio dato*, an die Stelle des Titius aber schon dessen Erbe getreten sein. Wenn Ulpian sagt, darnach könnte man etwa behaupten, utrique obligatum esse heredem, so stellte er sich darunter ohne Zweifel eine Correalobligation vor, wie in L. 16. D. de legat. II. Nach L. 4. Cod cit. aber würde man es verstehen müssen: der Erbe sei beiden pro parte obligirt. Allein Ulpian verwirft durchaus jene Entscheidung, als nur mera subtilitate gegründet, und entscheidet:

Sed si quidem mora Titio ab herede facta est, ad heredes eius legati exactio transmittitur, Sempronio repellendo; sin autem nulla mora intercessit, tunc Sempronius legatum accipit, et non Titii heredes; sed si ante diem legati cedentem decesserit Titius, soli Sempronio debetur legatum.

Diese Entscheidung war gewiß ganz entsprechend dem Willen des Testators. Das Legat war dem Titius nur zugedacht, wenn er selbst es noch empfange, widrigenfalls sollte ihm der Sempronius substituirt sein. Nur wird billiger Weise die Bedingung des ersten Legats als erfüllt angesehen, wenn Titius die Entrichtung des Vermächtnisses begehrt und den Vermächtnißträger in Verzug gesetzt hat. Von einem Widerspruch mit L. 4. Cod. de V. S. kann keine Rede sein.

Bisher war von Fällen die Rede, in welchen zweifelhaft oder ungewiß ist, welcher von mehreren Personen ein Vermächtniß zukomme. Eine Verfügung kann aber andrerseits wohl auch, obgleich sie nur eine Vermächtmächtnißauflage enthält, weil diese zum Vortheil verschiedener Personen gereicht, zugleich für mehrere ein Vermächtniß in sich schließen; es kann selbst eine Verfügung, die dem Vermächtnißträger nur eine Leistung an eine bestimmte Person auferlegt, doch zugleich oder auch ausschließlich für eine andere Person ein Vermächtniß enthalten, die in diesem nicht einmal genannt ist [63]). Wenn dem Erben auferlegt ist, dem Sempronius zu zahlen, was demselben der Titius schuldig ist, so gereicht dieses dem letzten zum Vortheil, weil er dadurch ohne Minderung seiner bisherigen Habe Befreiung von seiner Schuldverbindlichkeit erlangen kann: es gereicht aber auch dem Sempronius zum Vortheil, in so fern

63) L. 3. §. 4. D. de liberat. legata. XXXIV. 3. „Et est verum, non solum eum, cuius nomen in testamento scriptum est, legatarium habendum, verum eum quoque, qui non est scriptus, si et eius contemplatione liberatio relicta esset.“ L. 11. §. 22. D. de legat. III. „Interdum alterius nomen scribitur in testamento, alteri vero fideicommissi petitio vel legati competit.“

dieser nun auch von dem Erben Bezahlung erlangen kann, die er von dem vielleicht zahlungsunfähigen Titius nicht zu erwirken vermöchte, und es für den Gläubiger überhaupt von Interesse ist, daß ihm wegen derselben Schuld mehrere verpflichtet seien [64]). Und wenn in diesem Falle der Titius einen Mitschuldner hat, oder ein Bürge für ihn haftet, so gereicht das Vermächtniß auch diesem zum Vortheil, indem durch Bezahlung des Erben für den Titius auch sie von ihrer Schuldverbindlichkeit Befreiung erlangen [65]). Wenn der Bürge dem Gläubiger vermacht, was er ihm schuldig ist, so ist dies zum Vortheil des Hauptschuldners, der durch Entrichtung des Legats ohne Regreßverbindlichkeit seiner Schuld entledigt wird [66]). Wenn der Mündel dem gewesenen Vormund vermacht, was dieser noch aus der über jenen und dessen Bruder geführten Vormundschaft zu fordern hat, so gereicht dies dem letzten zum Vortheil [67]). Wenn der Vater dem Manne seiner Tochter ein Heirathsgut vermacht, so ist dies zugleich im Interesse der Tochter und des Schwiegersohnes [68]).

64) L. 3. §. 5. D. de lib. leg. „Utrique autem legatarii habentur et in hoc casu: nam et si, quod ego debeo Titio, sit ei legatum mei gratia, ut ego liberer, nemo me negabit legatarium, ut et Julianus . . . scribit, et Marcellus notat, utriusque legatum esse, tam meum quam creditoris mei, etsi solvendo fuero; *interesse enim creditoris duos reos habere.*“ vgl. L. 49. §. 4. D. de legat. I.

65) L. 3. §. 4. D. de lib. leg. (vgl. Anm. 63.); vgl. L. 49. §. 5. D. de legat. I.

66) L. 49. §. 6. D. de legat. I.

67) L. 28. §. 10—12. D. de lib. leg.

68) L. 69. §. 2. D. de legat. I. L. 71. §. 3. D. de cond. et dem. XXXV. 1.

Ob nun in diesen und ähnlichen Fällen alle jene Personen, deren Interesse durch das Vermächtniß berührt wird, oder welche von ihnen als Vermächtnißnehmer, als honorirt, anzusehen seien, das hängt davon ab, wessen Vortheil der Erblasser bei Anordnung des Vermächtnisses im Auge gehabt, wen er durch dasselbe zu bedenken die Absicht gehabt hat [69]). So kann, wenn die Zahlung einer Gesammtforderung angeordnet ist, darin ein Vermächtniß für alle Gesammtgläubiger liegen („si omnium interest et de omnibus sensit testator") oder für einige derselben [70]); und ebenso das Vermächtniß der Befreiung bezüglich einer Gesammtschuld bald für alle bald nur für einen das Vermächtnißrecht begründen [71]). So wird, wenn dem Erben auferlegt ist, für einen Anderen öffentliche Abgaben zu entrichten, darin zwar im Zweifel nur ein Vermächtniß für den Steuerpflichtigen, nicht für den Steuerpächter, erkannt und nur jenem die Vermächtnißforderung gegeben; es kann aber wohl auch der letzte dadurch honorirt sein [72]). Und wenn einem von mehreren Erben die Bezahlung einer Schuld des Erblassers auferlegt ist, so wird dies als ein Vermächtniß nur für die übrigen Miterben angesehen, denen dadurch für ihren Theil Befreiung von dieser Erbschafts-

69) „cui volet prospectum cuiusque contemplatione testator fecerit," L. 11. §. 22. D. de legat. III. — „cuique testator prospicere voluit et cuius interesse credidit," L. 8. D. de usufr. ear. rer. VII. 5. Vgl. L. 11. §. 20. D. de legat. III. Plerumque evenit, multorum interesse id quod relinquitur, verum testatorem uni voluisse honorem habitum."

70) L. 11. §. 21. D. l. c.

71) L. 3. §. 3. D. de lib. leg. XXXIV. 3.

72) L. 11. §. 22. D. de legat. III.

schuld gewährt werden soll [73]). So wird auch aus dem Vermächtniß eines Heirathsgutes für die Tochter einmal nur dieser die Vermächtnißklage gegeben, in einer anderen Stelle aber auch dem Mann derselben, ohne daß darum diese Stellen als einander widersprechend anzusehen sind [74]).

Auch sonst noch kommt es vor, daß Jemand dem Willen des Erblassers einen Vermögensvortheil verdankt und doch nicht Vermächtnißnehmer ist. Das ist der Fall, wenn der Erblasser den ihm noch zustehenden Widerruf einer Schenkung auf den Todesfall oder einer Schenkung an den Ehegatten oder an ein in seiner Gewalt befindliches Kind unterlassen hat. Darin liegt kein Vermächtniß, weil die unwiderrufliche Wirksamkeit oder Convalescenz dieser Schenkungen unabhängig von der Beerbung des Schenkers eintritt. Ein Vermächtniß ist es denn auch nicht, wenn der Erblasser eine Leistung an eine Person zur Bedingung einer Erbeinsetzung oder eines Vermächtnisses gesetzt hat. Dadurch wird nicht ein Recht auf jene Leistung begründet, welches gegen den eingesetzten Erben oder Legatar geltend gemacht werden könnte; die Erfüllung derselben wird nur als Erfüllung der Bedingung vorausgesetzt, damit dieser zu der Erbschaft oder dem Vermächtnisse gelangen könne [75]). In diesen Fällen ist zwar eine mortis causa capio vorhanden, aber nicht ein Vermächtniß. Anders dagegen verhält es sich, wenn dem Erben oder Legatar eine Auflage gemacht ist, die einer bestimmten anderen Person zum Vortheil gereicht, zu deren Erfüllung jene

73) L. 7. §. 3. D. de lib. leg. L. 69. §. 2. D. de legat. I.

74) L. 69. §. 2. cit. L. 71. §. 3. D. de cond. et dem. XXXV. 1.

75) L. 8. 9. D. si quis omissa causa test. XXIX 4.

nach Erwerb der Erbschaft oder des Vermächtnisses gehalten sind. Darin liegt wirklich ein Legat oder Fideicommiß. Von den classischen Juristen war dies noch nicht anerkannt. Selbst das Legat eines Sclaven sub hoc modo, ut eum legatarius manumittat, hatte zu Julian's Zeit noch nicht die Wirkung einer fideicommissarischen Freilassung, sondern gab nur dem Erben das Recht, den Sclaven mittels der doli exceptio dem Legatar vorzuenthalten, wenn er nicht Caution leistete, daß er denselben freilassen werde [76]). Erst Septimius Severus legte in diesem Falle dem Modus die Wirkung einer fideicommissarischen Auflage der Freilassung bei, Gordianus aber erkannte dann nach diesem Vorgange auch bei Auflagen, die nur ein pecuniäres Interesse für einen Anderen hatten, diesem die fideicommissi actio auf deren Erfüllung zu [77]).

§. 1521. c.

Die Vermächtnißnehmer. — Gemeinschaftlich bedachte Vermächtnißnehmer.

So wie der Erblasser zu seiner Erbschaft, die nur eine ist, mehrere Erben berufen kann [78]), so kann derselbe auch mit einem Vermächtniß, das seinem Gegenstande nach

76) L. 48. D. de fideicomm. libertat. XL. 5. (Julian. lib. LXII. Dig.).

77) L. 2. Cod. de his quae sub modo legata seu fideicommissa relinquuntur. VI. 45. Vgl. dazu Cuiac. recitat. solemnes in lib. VI. Cod. ad tit. 44—46. (opp. IX. col. 857.) und überhaupt Westphal I. §. 618. Roßhirt I. S. 396. fg. Puchta Vorlesungen II. §. 525.

78) Vgl. Mühlenbruch im Commentar Bd. 40. §. 1439. S. 109. fg.

als eins sich darstellt, mehrere Personen bedenken. Während aber bei der Erbschaft, als welche eine von selbst gegebene Gesammtheit ist, wenn irgendwie mehrere dazu berufen sind, in jedem Falle nothwendig eine Gemeinschaft sich ergibt, wird bei Vermächtnissen dazu vorausgesetzt, daß ein auf einen bestimmten Gegenstand als Ganzes gerichtetes Vermächtniß mehreren zugedacht sei, indem Vermächtnisse von dem verschiedenartigsten Inhalte nebeneinander bestehen können, die in keiner anderen Beziehung zu einander stehen, als daß sie auf derselben Erbschaft beruhen. Jenem Fall ist bei der Erbfolge jedoch der Fall näher verwandt, wenn durch die Anordnung des Erblassers zu einem Erbtheil im Gegensatz der übrigen mehrere Erben zusammen berufen sind [79]).

Solche nun, denen zusammen Ein Vermächtniß in jenem Sinn hinterlassen ist, nennt man Collegatarien. Ein Vermächtniß dieser Art konnte nach altem Recht als Vindicationslegat vorkommen. Wenn der Testator sagte: „Titio et Seio hominem Stichum do lego," so war der ganze Sclave Stichus beiden zusammen vermacht Die Folge davon war, daß, wenn beide das Legat erwarben, jeder durch das Zusammentreffen mit dem anderen nur auf einen Theil beschränkt wurde; wenn aber einer von beiden vor dem Erwerb wegfiel, der andere den ganzen Sclaven allein erwarb. Ganz dieselbe Folge aber trat auch dann ein, wenn der Testator nicht in einer Satzverbindung (coniunctim), sondern in getrennten Sätzen (disiunctim oder separatim) dieselbe Sache mehreren per vindicationem vermacht hatte, z. B. „Titio hominem Stichum do lego. Seio eundem hominem do lego." So sagt Gaius (II. 199):

79) Mühlenbruch a. a. O. S. 110.

Illud constat, si duobus pluribusve eadem res per vindicationem legata sit, sive coniunctim sive disiunctim, si omnes veniant ad legatum, partes ad singulos pertinere et deficientis portionem collegatario adcrescere [80]); und führt dann zur Erklärung

80) Aus den Worten des Gaius „illud constat" geht hervor, daß über diese Sätze die römischen Juristen einig waren; daher ist die darauf bezügliche lückenhafte Stelle in Ulpian's Fragmenten (XXIV. 12) unbedenklich in Uebereinstimmung damit zu restituiren. Ueber ältere Versuche vor Entdeckung des Gaius vgl. Cuiac. obs. XVII. 28. (opp. III. col. 503) und ad L. un Cod. de cad. toll. VI. 51. (opp. IX. col. 898). Schulting, iurisprud. anteiust. ad Ulp. l. c. Hugo ius civ. anteiust. ibid. (I. pag. 78. 79). Jetzt lautet die Stelle in Böcking's Ausgabe: Si duobus eadem res per vindicationem legata sit, [*sive disiunctim*, *velut Titio hominem Stichum do lego, Seio eundem hominem do lego*] sive coniunctim, velut Titio et Seio hominem Stichum do lego, iure civili concursu partes fiebant; non concurrente altero pars eius alteri adcrescebat; sed post legem Papiam Poppaeam non capientis pars caduca fit. Huschke aber in der iurisprud. anteiust. (ed. 2. pag. 508. sq.) setzt umgekehrt „sive coniunctim . . . *sive disiunctim*" . . . und emendirt am Ende: concursu partes fiunt; non concurrente altero pars eius iure civili alteri adcrescebat; sed post etc. Diese Emendation verdient Beifall; denn daß concursu partes fiunt, das war auch zu Ulpian's Zeit noch unbedingt richtig; nur in Beziehung auf die Frage, ob non concurrente altero dessen Theil dem Anderen zuwachse, wurde das ius civile durch die lex Papia Poppaea abgeändert. Vgl. den Comment. Bd. 43. S. 253. fg. Der Ausdruck „concursu partes fiunt" ist charakteristisch, weil jedem an sich die ganze Sache legirt erschien, und nur durch das Zusammentreffen mit anderen gleich-

des Unterschiedes zwischen coniunctim und disiunctim legare die eben benutzten Beispielsfälle an. Im zweiten Falle war zwar dem Titius und Seius disiunctim dieselbe Sache vermacht, aber sie waren gleichwohl re coniuncti, weil ihnen eadem res legata erat; im ersten Falle waren sie re et verbis coniuncti [81]). Wenn

berechtigten für jeden die Beschränkung auf einen Theil sich ergab. L. 80. D. de legat. III. „tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri." cf. L. 15. §. 18. D. de damno inf. XXXIX. 2. Gleiches ergab sich, wenn das theilbare Recht des Nießbrauchs per vindicationem mehreren vermacht war (ususfructus dolegolegatus). Dabei aber konnte die Concurrenz des einen auch nach dem Erwerb des Legats noch wegfallen mit der Wirkung, daß nun der Nießbrauch des anderen sich auf die ganze Sache erstreckte, wenn nämlich in der Person des einen Theilnehmers der Nießbrauch früher als in der des anderen ein Ende nahm. Vat. Fragm. §. 77. 79. 83. L. 2. §. 3. D. de usufr. accresc. VII. 2. Vgl. den Comment. Bd. 9. S. 566. fg. und unten §. 1524. 1535.

81) L. 142. D. de V. S. „aut enim *re* per se coniunctio contingit, aut *re et verbis*, aut *verbis* tantum." Daher wird der Ausdruck „*coniunctim* heredes institui, legari" in anderem Sinn als in Anm. 80 auch auf Fälle angewendet, wo nur re coniunctio contingit, mehrere zu einem Erbtheil eingesetzt, mit einem Legat bedacht sind, obwohl in selbständigen Sätzen. So in L. 142. cit. a. E. „verisimilius esse, in eundem semissem duos coactos et coniunctim heredes scriptos esse. L. 15. pr. D. de hered. instit. XXVIII. 5. Vgl. L. 80. D. de legat. III. „coniunctim legari hoc est . . . . tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri." Vgl. Anm. 80. und den Comment. Bd. 40. S. 110. fg. So ist auch in L. 17. §. 1. D. ad leg. Aquil. IX. 2., was Ulpian über den Fall: „si coniunctim duobus lege-

dagegen der Testator einer jeden von mehreren Personen je einen Theil einer Sache in jener Weise, sei es in einer Satzverbindung oder in getrennten Sätzen, vermacht hatte, so war gar nicht eadem res pluribus legata, sondern nur unicuique pars eiusdem rei, und jede bekam in jedem Falle nur den ihr legirten Theil der Sache, z. B. „Titio et Seio hominem Stichum cuique pro dimidia parte" oder „ex aequis partibus do lego," oder „Titio hominem Stichum pro dimidia parte do lego; alteram eiusdem hominis partem Seio do lego." Titius und Seius waren hier nicht re coniuncti, obwohl sie, wenn beide das Legat erwarben, eben so wie in dem Falle, wenn ihnen dieselbe Sache ohne Theilung vermacht war, in das Verhältniß von Miteigenthümern traten; sie waren höchstens, im Fall des ersten Beispiels, verbis coniuncti [82]).

Anders als beim Vindicationslegat beurtheilte man den Fall, wenn mehreren dieselbe Sache per damnationem legirt war. Hier machte es einen wesentlichen Unterschied, ob dies in einem Satze geschehen war oder nicht, coniunctim oder disiunctim. Im ersten Fall, z. B. wenn das Legat lautete: „heres meus Titio et Seio Stichum servum dare damnas esto," erwarb jeder Legatar in jedem Fall nur eine Forderung auf den ihn treffenden Theil der Sache, einerlei ob der mit ihm genannte andere Legatar das Legat erwarb oder wegfiel. Die beiden Legatare waren also gar nicht re coniuncti,

*tur Stichus" bemerkt, nicht nur von dem Fall, wenn coniunctim in dem einen Sinn, sondern auch von dem, wenn disiunctim beiden derselbe Sklave vermacht ist, zu verstehen.

82) L. 89. D. de legat. III. vgl. L. 142. cit. L. 20. D. de legat. II. „non enim coniunctim sed partes legatas."

nur verbis coniuncti, ebenso wie wenn der Erbe ausdrücklich, jedem nur einen Theil der Sache zu geben, angewiesen war. Im anderen Falle dagegen erzeugte das Legat für jeden der Legatare eine selbständige Forderung auf Geben der ganzen Sache, wo dann der Erbe, der natürlich nicht beiden die ganze Sache in natura verschaffen konnte, den einen durch Zahlung des Werthes derselben abfinden mußte [83]).

Streitig war es unter den römischen Juristen, wie es sich in dieser Beziehung bei dem legatum sinendi modo verhalte? War in dieser Form coniunctim mehreren dieselbe Sache vermacht, so wurde wohl von allen eine Theilung angenommen, wie bei einem gewöhnlichen Damnationslegate. War es aber disiunctim geschehen, so behaupteten zwar einige, daß ebenfalls, wie sonst beim Damnationslegat, alle eine Forderung auf die ganze Sache hätten; andere aber waren der Meinung, da durch ein solches Legat der Erbe nur verpflichtet werde, zu dulden, daß der Legatar die vermachte Sache sich aneigne, so sei er, nachdem derselben einer der Legatare mit seiner Zulassung sich bemächtigt hatte, aller Verpflichtung gegen die anderen, denen dieselbe Sache in gleicher Weise vermacht war, entbunden, weil er, ohne einer Unredlichkeit beschuldigt werden zu können, die Sache nicht mehr habe; es gewinne sie also nur derjenige, welcher zuerst den Besitz derselben erlange [84]). Offenbar

83) Gai II. 205. cf. Gai. — epit. II. 5. §. 4. 5. Ulp. XXIV. 13. War coniunctim eadem res pluribus per damnationem legata, so sagte man: „damnatio partes facit," Vat. fragm. §. 85., und: „partes ab initio fieri," L. 34. §. 9. D. de legat. I. cf. L. 84. §. 8. D. eod.

84) Gai. II. 215. Vgl. L. 14. D. de usu et usufr. leg. XXXIII. 2. Hier wird der Fall besprochen, wenn zweien

hing diese Streitfrage zusammen mit der Meinungsverschiedenheit über die Wirkung des legatum sinendi modo überhaupt, die oben S. 27. fg. besprochen worden ist.

Bei dem Präceptionslegate mußte nach der prokulianischen Ansicht, die darin nur eine Art des Vindikationslegates sah, natürlich dasselbe gelten, wie bei diesem [85]). Aber auch die Sabinianer nahmen hier für Miterben dasselbe an [86]). Nur ergaben sich dabei, wenn ein solches mehreren Miterben vergeben war, besondere Folgen daraus, daß das Legat für jeden derselben, so weit es auf dessen eigenem Erbtheil ruhte, nicht als wirksam angesehen

separatim sinendi modo der Usus fructus einer Sache vermacht ist. Celsus entscheidet nach der ersten Meinung, daß der Erbe beiden den ganzen Nießbrauch zu gewähren verpflichtet sei und daher so weit er dies nicht könne, Entschädigung zu leisten habe. Jedoch wird dabei als Bedingung vorausgesetzt: „si testator utrumque solidum habere voluit." Aber darin liegt wahrscheinlich eine Interpolation. Vgl. unten S. 504. Anm. 16. Celsus fand eben darin, daß duos *separatim* uti frui sinere damnatus heres est, ausgesprochen, daß testator utrumque solidum habere voluit, wenn nicht eine Theilbestimmung beigefügt war.

85) Vgl. oben Seite 27—29.

86) Gai II. 223. Sive tamen heredibus, secundum nostrorum opinionem, sive etiam extraneis, secundum illorum opinionem, duobus pluribusve eadem res coniunctim aut disiunctim legata fuerit, singuli partes habere debent. Die Epitome II. 5. §. 7. sagt darüber sachlich übereinstimmend, aber in verdrehter Fassung: Praeceptionis vero legatum non nisi uni ex heredibus dari potest (nach der sabinianischen Ansicht) . . . . et si aut coniunctim, id est multis, aut disiunctim singulis relinquatur, omnibus una res tantum, quae nominata

wurde [87]). Fideicommisse endlich, wodurch mehreren dieselbe Sache hinterlassen war, wurden ebenso beurtheilt, wie Damnationslegate [88]).

Jene Abweichungen in der Auffassung anscheinend gleicher Fälle bei den verschiedenen Arten der Legate erklären sich aus der verschiedenen Natur der letzten, wenn man dabei sich auf den Standpunkt der alten Jurisprudenz stellt, wie er oben S. 36 gezeichnet ist [89]). Das Vindicationslegat gab, wenn es wirksam wurde, dem Bedachten unmittelbar das Eigenthum der vermachten Sache; eine Obligatio des Erben wurde dadurch nicht erzeugt; das Recht des Legatars war unmittelbar auf die Sache gerichtet; er konnte diese vindiciren gegen jeden Besitzer, den Erben oder einen Dritten. Wenn nun der Testator mit gutem Vorbedacht dieselbe Sache in getrennten Sätzen dem Titius und dem Seius per vindicationem legirte, so mußte er sich denken, also auch wollen, daß der eine wie der andere mit gleichem Rechte die Sache vindiciren könne, also nothwendig der

est, debetur, non uni res et alii aestimatio, sicut in legato damnationis est constitutum. Allerdings ist hier nicht ausdrücklich gesagt, wie beim Vindicationslegat, daß non concurrente altero pars eius iure civili alteri accrescebat; aber daß dies auch hier galt, ist gleichwohl nicht zu bezweifeln. L. 7. Cod. de legat. VI. 37. K. Czyhlarz in Haimerl's österr. Vierteljahrsschrift f. Rechts- und Staatsw. III. S. 144. fg.

87) L. 34. §. 10. 11. L. 116. §. 1. D. de legat. I. Vgl. den folgenden §. 1521. d.

88) Vat. fragm. §. 85. in f. In fideicommissis autem id sequimur quod in damnatione.

89) Vgl. Mühlenbruch im Comment. Bd. 43. S. 253. fg., und die dort angeführte Litteratur; dazu J. F. Dworzak in Haimerl's Vierteljahrschr. VIII. S. 23. fg.

eine dem andern gegenüber sich auf einen Theil beschränken müsse; aber auch nur dem anderen gegenüber, nicht dem Erben oder einem Dritten; daß also nur illo concurrente partes fiant. Aber auch wenn der Testator in einem Satze gesagt hätte: „Titio et Seio rem do lego," war es natürlich, dasselbe anzunehmen. Durch das Legat war die ganze Sache von dem Recht des Erben, von der Erbschaft ausgeschieden [90]), den beiden genannten unmittelbar zugewiesen; ob beide wirklich das Legat erwarben, das berührte den Erben nicht, so lange das Legat überhaupt bestand [91]); erst concursu partes fiebant (fiunt), wie Ulpian bezeichnend sagt; die Theilung hing davon ab, ob beide vindicabant rem oder capiebant, was sich erst nach dem Tode des Testators entscheiden konnte [92]).

90) Durch eine delibatio hereditatis im eigentlichsten Sinn. Vgl. oben S. 17. fg.

91) Vgl. F. Lassalle, Wesen des Erbr. S. 189. — Huschke in Richter's Jahrb. II. Jahrg. S. 309 vermuthet, daß diese Sätze über Accrescenz beim Vindicationslegate erst dann entschieden zur Anerkennung gelangt seien, als anstatt der Formel *do lego* auch die Ausdrücke *sumito*, *capito*, *habeto rem* in Gebrauch gekommen. Das hat nicht meinen Beifall. Das *do lego* drückte gerade charakteristisch das Herausnehmen aus der Erbschaft aus, woraus sich jene Folge ergab. Dem Erblasser war eben die Macht beigelegt, auch noch über seinen Tod hinaus die Sache zu veräußern, rem alienam facere hereditati: nur, wenn keiner von denjenigen, denen sie zugedacht, aber keiner, das Legat erwarb, war freilich die Entäußerung erfolglos.

92) Dem entspricht der Ausdruk in L. 1. §. 3. D. de usufr. accresc. VII. 2. „proprietas eo solo tempore (legatur), quo vindicatur," wobei nur nicht wirkliche Erhebung der

Wenn dagegen der Testator mit Vorbedacht per damnationem Mehreren dieselbe Sache vermachte, so mußte ihm vor Augen stehen, daß dadurch zunächst nur eine Obligatio des Erben begründet werden solle, und diese Obligatio mußte ihren durch den Obligationsact bestimmten Inhalt haben. Nun aber weiß Jeder, daß derselbe Schuldner mehreren obligirt sein kann, dieselbe Sache ganz zu geben, wenn gleich er nicht allen die Sache in natura zu geben vermag. Wenn also der Testator in getrennten Verfügungen dem Erben auferlegte, dem Titius und dem Seius denselben Sklaven zu geben, so war es consequent, den Erben beiden gegenüber für verpflichtet zu halten, den ganzen Sklaven zu geben, eben so, als wenn derselbe dem einen und dem anderen durch getrennte Stipulationen dazu verpflichtet worden wäre; jedes der beiden Legate war ein selb-

rei vindicatio als nothwendig zu denken ist. — K. A. Schneider, das Anwachsungsrecht bei Legaten, S. 31. fg. glaubt als den Zeitpunkt, in welchem sich entscheide, ob concursus stattfinde oder nicht, den dies legati veniens, also regelmäßig den der Erbschaftsantretung, ansehen zu müssen. Aber der concursus kann auch später erst ausgeschlossen werden dadurch, daß der eine das Legat ablehnt, und so für den anderen Accrescenz eintrete. L. 1. §. 3. D. de usufr. accresc. „quod et in proprietate contingeret; nam altero repudiante alter totum fundum haberet.“ Daß man hier sagte: „retro ei dominium adcrevisse videtur“ (L. 17. §. 1. cit), drückte nur die rückwärts greifende Wirkung der jetzt erst entschiedenen Beseitigung des concursus aus, und wenn man sagte, der eine sei nun so gestellt, „ac si soli legatus esset,“ so konnte man sich desselben Ausdrucks auch bedienen, wenn schon ante diem venientem der Concurrent weggefallen war. Nach der sabinianischen Ansicht, die den Erwerb des Eigenthums ohne den Willen des Le-

ständiger Obligationsgrund. Wenn aber der Testator in einem Satze verordnet hatte, daß der Erbe dem Seius und dem Titius den Sklaven Stichus geben solle, so war es eben so begründet, jedem der beiden nur eine Forderung auf Geben des halben Sklaven beizulegen, als dies unzweifelhaften Rechtens war in dem Falle, wenn Titius und Seius zusammen den Sklaven stipulirt hatten, ohne eine Correalforderung zu beabsichtigen [93]), eben so wie mehrere durch ein richterliches Erkenntniß zur Zahlung einer Summe Verurtheilte jeder im Zweifel nur pro virili portione der iudicati actio unterliegen [94]). Und ganz begreiflich ist es, daß

gatars ipso iure eintreten ließ, konnte man die legati veniente allerdings sagen: partes concursu fieri; aber wenn dann nachher der eine von beiden ablehnte, so wurde dessen Erwerb und Concurrenz, somit die Theilung, als nicht geschehen behandelt. Nach der proculianischen Ansicht war, so lange nicht beide angenommen oder einer abgelehnt hatte, der concursus und die Theilung noch in suspenso. Bezüglich des ususfructus dolegolegatus, wobei auch nach vollendetem Erwerb die Concurrenz des einen noch wegfallen konnte, sagte man nach L. 1. §. 3. cit. treffend: Quum primum itaque non inveniet alter eum qui sibi concurrat, solus utetur in solidum.

93) L. 11. §. 1. D. duob. reis. XLV. 2.

94) L. 59. §. 3. D. mand. XVII. 1. L. 43. D. de re iud. XLII. 1. L. 10. §. 3. D. de appellat. XLIX. 1. L. 1. Cod. si plur. una sent. VII. 5. Schneider a. a. O. S. 22. fg. findet gerade dieses Beispiel besonders geeignet zur Erklärung des Satzes: „damnatio partes facit,“ weil das legatum per damnationem, dem Judicat nahe verwandt, gleichsam eine gegenwärtige Verurtheilung gewesen sei. Dies mißbilligt Huschke a. a. O. S. 308. fg., weil ja für Fideicommisse dieselbe Regel gegolten habe. Es ist dagegen auch noch zu bemerken, daß nach

die so nach dem Errichtungsakt sich ergebenden Theilforderungen unabhängig von einander in's Leben traten und fortbestanden, und ein Wegfallen der einen die andere unberührt ließ. Stellte sich der Testator, der dreien dieselbe Sache in jener Weise vermachte, genau vor, was eintreten werde, wenn er jetzt sofort stürbe, so mußte er sich sagen, daß der Erbe jedem $1/3$ zu geben verpflichtet sei; das wollte er. Die drei Obligationen auf je $1/3$ entstanden mit diesem bestimmten Inhalt sofort, wie der Erbe die Erbschaft erwarb, also wenn dieser ein necessarius heres war, sofort mit dem Tode des Erblassers. Daß, wenn der eine hinterher das Legat ablehnte, nun die beiden anderen auch dessen Theilforderung überkommen, also deren Forderung auf die Hälfte sich steigere; daß, wenn zwei ablehnten, der dritte beide Forderungen zu der seinigen hinzubekomme, also nun das Ganze fordern könne; daß somit die Obligatio des Erben gegenüber jedem der drei Bedachten je nach Umständen von wandelbarem Inhalt sein solle: das lag in dem Legate nicht. Der Testator konnte auch dies erreichen, wenn er es wollte; aber dann mußte er es festsetzen, und wenn er dies that, so ergab sich genau betrachtet, daß er jedem $1/3$ unbedingt vermachte, und zudem $1/6$ oder beziehungsweise $2/3$ bedingt, wenn einem oder zweien das Legat nicht erworben werde. So erscheint es wohl-

dem ältesten Verfahren eine Verurtheilung Mehrerer durch ein Erkenntniß wohl gar nicht vorkam. Nach dem Formularprozeß allerdings konnte sie stattfinden; Bethmann-Hollweg, Civilproc. II. S. 472. fg.; aber es war doch nur eine Ausnahme, und aus den angeführten Stellen läßt sich abnehmen, daß der fragliche Satz beim Urtheil keineswegs früher und entschiedener anerkannt war, als beim Damnationslegat.

begründet, daß man nach der Willensmeinung des Testators, welcher dem Erben in einem Satze auferlegt hatte, mehreren eine Sache zu geben, von der Errichtung des Legats an definitiv die Obligatio des Erben als in mehrere Theilobligationen nach der Zahl der Bedachten zerfallend sich vorstellte, obwohl dieselben erst nach dem Tode des Testators in Kraft traten. Man setze den Fall, es hätten zwei die Bestellung des Nießbrauchs an einer Sache, eine theilbare Leistung, stipulirt unter der Bedingung, wenn ein dritter vor ihrem beiderseitigen Tode sterben sollte: nach L. 11. §. 1. D. de duob. reis (vgl. S. 486 Anm. 93) würde daraus jedenfalls für jeden nur eine Forderung auf Bestellung des Nießbrauchs zur Hälfte entstehen, und wenn der eine von ihnen vor dem dritten gestorben wäre und darum dessen Forderung nicht zur Existenz kommen könnte, so würde dadurch die Forderung des anderen sich nicht auf den ganzen Nießbrauch steigern; die künftige Obligatio ist im Voraus unter beide getheilt, obwohl deren Existenz noch von der Erfüllung der Bedingung abhängig ist. Eben so wurde durch die damnatio im Legat die künftige Obigatio des Erben im Voraus getheilt [95]).

95) Im Wesentlichen übereinstimmend führen auch Schneider und Huschke diesen Satz zurück auf die entscheidende Bedeutung des die Obligatio begründenden und zugleich den Umfang derselben fixirenden Errichtungsakts. Unerheblich ist der Einwand, den Dworzak a. a. O. S. 29. davon hernimmt, daß doch die Getheiltheit an und für sich nur von einer schon begründeten Obligatio behauptet werden könne. Er findet den wahren Grund des Satzes „damnatio partes facit" nur in dem Charakter des Mancipationstestaments in seiner ursprünglichen Bedeutung als eines Rechtsgeschäftes zwischen dem Testator und

Aus dem Bisherigen ergibt sich, daß bei Vermächtnissen, die nur eine Obligatio begründeten, selbst die zusammen bedachten Vermächtnißnehmer (verbis coniuncti) niemals re coniuncti, nicht eigentlich Collegatarien waren. Allein diese Benennung wurde in laxerem Sprachgebrauch auch auf solche, die nur verbis coniuncti waren, angewendet. Die lex Papia Poppaea hatte das ius accrescendi des alten Rechts den Vermächtnißnehmern wie den Erben, gewisse Ausnahmen abgerechnet, regelmäßig benommen, indem sie bestimmte, daß frei gewordene Erbtheile und Vermächtnisse als caduca zunächst den Testamentserben, die Kinder hätten, in deren Ermangelung den Legatarien, die Kinder hätten, sonst dem Aerarium, zufallen sollten [96]), jedoch mit dem besonderen Zusatze, daß in Ansehung eines Legates, welches zum Theil vacant geworden, der collegatarius coniunctus des ausgefallenen Legatars, wenn er Kinder habe, selbst vor den Erben, welche Kinder hatten, den Vorzug haben sollte [97]). Nach strengster Aus-

dem familiae emtor, welcher selbst der berufene Erbe war, indem die diesem durch die lex mancipii auferlegten Verpflichtungen gegenwärtige, also in unserem Falle auch sofort definitiv getheilte gewesen seien. Ich halte den letzten Satz für bedenklich, und glaube zudem, daß durch jene antiquirte Anschauung die klassischen Juristen sich nie hätten bestimmen lassen, jenen Satz unbestritten festzuhalten, wenn er nicht durch innere Gründe gerechtfertigt erschien, vollends aber nicht, denselben dann auch auf die freien Fideicommisse zu übertragen.

96) Gai. II. 206. 207. 286. Ulp. XXIV. 12. Vgl. den Comment. Bd. 43. S. 256. fg. Rudorff in der Zeitschr. für geschichtliche Rechtswiss. VI. S. 402. fg. K. A. Schneider, das Anwachsungsrecht bei Legaten, S. 91. fg. 170 fg. 218. fg. 231.

97) Gai. §. 207. . . „ipsa lege Papia significatur, ut le-

legung konnte man dies auf den re et verbis coniunctus beschränken, auf den collegatarius nämlich, d. i. den re coniunctus, der zudem noch coniunctus im anderen Sinne, verbis coniunctus war. Eine günstigere Auslegung mochte das Vorzugsrecht auch dem blos re coniunctus beilegen, indem sie entweder unter collegatarius jeden in demselben Testament honorirten Vermächtnißnehmer verstand und das Beiwort coniunctus auf denjenigen deutete, der in dem einen oder anderen Sinn coniunctus war, oder die Bezeichnung „collegatarius coniunctus" als eine pleonastische auf jeden Collegatar im eigentlichen Sinn, also auch den blos re coniunctus anwendbar auffaßte [98]). Von vielen aber wurde der coniunctus nur in dem Sinne von verbis coniunctus verstanden und behauptet, daß in dieser Beziehung auch kein Unterschied zu machen sei zwischen dem legatum per vindicationem und per damnatio-

gatarius coniunctus, si liberos habeat, potior sit heredibus, etiamsi liberos habebunt.

98) Dieser Auslegung folgte vielleicht Juventius Celsus, aus dessen lib. XXXV. Dig. L. 80. D. de legat. III. entnommen ist (vgl. oben S. 478 fg. Anm. 80. 81.). Mit welchem Rechte Rudorff a. a. O. S. 415. bemerkt, daß L. 80. cit. „wenigstens der Inscription nach hierher gehört," nämlich zur Lehre von der caducorum vindicatio und zur Auslegung der Lex Papia, sehe ich nicht ein. Die Digesten des Celsus haben zur Lehre von den Vermächtnissen überhaupt Stellen aus ganz verschiedenen Büchern geliefert, z. B. L. 63. D. de legat. I. aus lib. XVII., L. 15. 16. 18—22. D. de legat. II. aus lib. VI. XVI. XVII—XXI., L. 30. eod. aus lib. XXXVII., L. 27. 29. eod. aus lib. XXXIV. XXXVI. Er mag also auch in lib. XXXV. eben so wohl von dem ius accresendi antiquum als von der caducorum vindicatio gehandelt haben

nem [99]), und diese Meinung scheint späterhin das Uebergewicht behauptet zu haben [100]). Darnach wurde zwar dem re et verbis coniunctus vor allen der Vorzug gegeben [1]), in Ermangelung eines solchen aber auch dem blos verbis coniunctus derselbe eingeräumt [2]), dagegen dem blos re coniunctus jedes Vorrecht in vindicanda parte caduca entschieden abgesprochen [3]). So hatte also, wenn Mehreren dieselbe Sache in einem Satze mit bestimmten Theilen per vindicationem vermacht war, jeder, wenn er Kinder hatte, die Aussicht, durch Wegfallen der anderen die ganze Sache zu erhalten, obgleich er nach dem ius antiquum kein ius accrescendi hatte, und eben so, wenn Mehreren mit oder ohne Angabe von Theilen dieselbe Sache in einem Satze per damnationem legirt war; in beiden Fällen wurde ein Legatar, der in Ansehung des ius accrescendi gar nicht als Collegatar galt, als collegatarius coniunctus im Sinne der lex Papia begünstigt. Wo dagegen Zweien in

99) Gai. II. 208. Sed plerisque placuit, quantum ad hoc ius, quod lege Papia coniunctis constituitur, nihil interesse, utrum per vindicationem an per damnationem legatum sit.

100) L. 89. D. de legat. III. (Paul. lib. VI. ad leg. Jul. et Pap. Popp.).

1) Paul. l. c. „Praefertur igitur omnimodo ceteris, qui et re et verbis coniunctus est." Unter den ceteris verstand Paulus die übrigen im Testament bedachten Erben oder Legatarien, welche ebenfalls Kinder hatten, heredes et legatarii patres.

2) Paul. l. c. „si autem verbis quidem coniunctus est, re autem non, quaestionis est, an coniunctus potior sit? Et magis est, ut et ipse praeferatur."

3) Paul. l. c. „quodsi re tantum coniunctus sit, constat non esse potiorem."

getrennten Sätzen die ganze Sache per vindicationem legirt war, da konnte es dem einen nach Wegfall des anderen begegnen, daß ihm statt desselben nun ein Erbe, der Kinder hatte, Concurrenz machte, oder auch, wenn er selbst keine Kinder hatte, entweder andere legatarii patres oder das Aerar den Theil ganz entzogen, der iure antiquo ihm allein zugewachsen wäre.

Die Bestimmungen des Papischen Gesetzes alterirten aber nur das ius accrescendi der Erben und Legatare bei testamentarischen Erbschaften. Sie waren von keinem Einfluß auf die Frage, was von mehreren gemeinsam bedachten Vermächtnißnehmern jedem einzelnen zukomme, wenn das Vermächtniß in Ansehung aller wirksam wurde. So blieb es Regel, daß, wenn Mehreren in einem Satze ohne Theilbestimmung dieselbe Sache per vindicationem vermacht war, jeder nur einen Theil erhielt, und eben so bei Damnationslegaten und Fideicommissen im gleichen Falle jedem nur eine Forderung auf einen Theil erworben wurde. Auch blieb zwischen dem Damnations- und Vindicationslegat der wichtige Unterschied bestehen, daß bei diesem auch, wenn in getrennten Sätzen Mehreren dieselbe Sache vermacht war, jeder nur zu einem Theil das Eigenthum erwarb [4]), dagegen bei jenem im gleichen Fall, und eben so bei Fideicommissen, jeder Honorirte die Forderung auf das Ganze erhielt. Es konnte nicht fehlen, daß diese Verschiedenheit eigenthümliche Bedenken und Schwierigkeiten erzeugte, seitdem die verschiedenen Arten der Vermächt-

4) Insofern war es noch immer wahr: „partes concursu fieri." Aber wenn durch Caducität des Legats für einen der Bedachten dessen Concurrenz wegfiel, so trat, sofern nicht das ius antiquum in caducis statt fand, der Vindicant der pars caduca an dessen Stelle.

nisse mehr und mehr mit einander vermischt und verbunden wurden. In dem Fall, wenn zwei getrennte Legate derselben Sache, die formell als Vindicationslegate erschienen, nur ex Senatusconsulto Neroniano als Damnationslegate aufrecht erhalten wurden, mochte man zweifeln, ob nun jeder Legatar nach der Regel des Damnationslegats das Ganze fordern könne, oder nach dem, was eintreten würde, wenn beide wirklich als Vindicationslegate zu Recht beständen, seine Forderung auf einen Theil beschränken müsse. Noch mehr berechtigt waren solche Zweifel, wenn es nur ungewiß war, ob die Legate als Vindicationslegate oder nur als Damnationslegate zu Recht bestehen, und vollends dann, wenn der Testator zugleich beide Legatsformen und etwa auch noch die Fideicommißform mit einander verbunden hatte, und somit die Legatare nach ihrer Wahl entweder mit der rei vindicatio oder mit der personalis actio ex testamento ihr Recht geltend machen konnten [5]). Konnten etwa beide mit der letzten Klage auf Geben der ganzen Sache oder des Werthes derselben klagen, oder der eine die ganze Sache vindiciren, der andere mit der persönlichen Klage den Werth derselben erlangen? Oder beschränkte sich beider Anspruch nur auf die Hälfte, wie es sich mit Nothwendigkeit ergab, wenn beide das Legat als Vindicationslegat geltend machten? Man konnte nicht umhin, zur Entscheidung dieser Fragen vor allem nach dem Willen des Erblassers zu forschen.

In dem Fall, wenn ein Vindicationslegat ex Sc. Neroniano aufrecht erhalten wurde, ließ man sogar in Rücksicht darauf, daß der Testator die Form des Vindicationslegats gewählt hatte, ein ius accrescendi zu,

5) Vgl. oben Seite S. 39. fg. 53. fg.

wo es nach der Regel vom Damnationslegat ausgeschlossen war; man schloß aus jenem Umstande, daß dies dem Willen des Testators entspreche [6]). Nach demsel-

6) Vat. fragm. §. 85. . . „Si rei alienae ususfructus legetur (sc. per vindicationem), et ex Neroniano confirmetur legatum, sine dubio dicendum est, ius accrescendi cessare, si modo post constitutum usumfructum fuerit amissus. Quodsi ante, et socius amittat, erit danda totius petitio . . . . An tamen in Neroniano, quoniam exemplum vindicationis sequimur, debeat dici utilem actionem amisso usufructu ab altero alteri dandam, quaeri potest; et puto secundum Neratium admittendum.“ Ist der eine Legatar weggefallen, bevor dem anderen der Ususfructus bestellt war, so wird diesem ohneweiters die Forderung auf Bestellung desselben an der ganzen Sache beigelegt, nicht die Regel „damnatio partes facit“ angewendet. Ist der Ususfructus schon bestellt, wenn der eine wegfällt, so kann freilich dessen Theil nicht dem anderen von selbst zuwachsen, da ihm eben nur pro parte der Ususfructus bestellt war; aber es wird ihm eine utilis actio auf Einräumung auch der anderen Hälfte des Ususfructus gegeben, weil es wegen des Gebrauchs der Vindicationslegatsform als Wille des Testators vermuthet wird, daß er nun ebenso den ganzen Ususfructus haben solle, wie es bei dem ächten Vindicationslegat der Fall sein würde. Die Berufung auf das Sc. Neronianum war vielleicht nur deshalb nothwendig, weil der Testator die Sache, an der er den Ususfructus per vindicationem legirte, zur Zeit der Testamentserrichtung blos in bonis hatte: wer mochte in solchem Fall die Gerechtigkeit der obigen Entscheidung beanstanden? Vgl. A. A. de Buchholtz ad Vat. fragm. l. c. M. S. Mayer, das Recht der Anwachsung, S. 139. fg., H. Heimsoeth de usufructu accrescendo pag. 33. sq. Was Schneider a. a. O. S. 307. dagegen bemerkt, ist unhaltbar. Aber auch was Buchholtz und Heimsoeth darüber bemerken, bedarf zum Theil einer Berichtigung. Vgl. den Commentar zu §. 1524. 1535.

den Gesichtspunkte durfte man, wenn zweien dieselbe Sache separatim per vindicationem vermacht war, und beide dann ex Sc. Neroniano das Legat erwarben, sagen, daß jeder von ihnen nur den Theil in Anspruch nehmen könne, der ihm zukommen würde, wenn die Legate wirklich als Vindicationslegate zur Geltung kämen, obwohl, wenn die Legate von Haus aus als Damnationslegate angeordnet wären, jeder die ganze Sache zu fordern hätte. In dem Fall, wenn die Legate formell zugleich als Vindications- und als Damnationslegate angeordnet und etwa auch in beiden Eigenschaften wirksam waren, mußte es angemessen erscheinen, den Willen des Testators im Zweifel dahin auszulegen, daß zunächst nach der Regel vom Vindicationslegate sich bestimme, was jedem Legatar zukommen solle, und durch die hinzugefügte den Erben persönlich verpflichtende Damnatio nur jener Anspruch noch bestärkt und gesichert werde. Demnach konnte man entscheiden, daß auch durch die Forderungsklage jeder nur den Theil in Anspruch nehmen könne, auf den er nach der Regel des Vindicationslegates durch die Concurrenz des anderen beschränkt sein würde. Nur wenn unzweideutig der Testator diesen Willen kund gegeben hätte, konnte man zugeben, daß jeder das Ganze, beziehungsweise dessen Werth zu fordern berechtigt sei. So beurtheilt diesen Fall Paulus in L. 33. D. de legat. I. (lib. III. regularum), einer Stelle, die meines Erachtens unzweifelhaft den Fall vor Augen hatte, wenn dieselbe Sache zweien in der doppelten Form: „do lego damnasque heres esto dare“ vermacht war, wohin auch der Fall gehörte, wenn am Ende des Testaments alle Legate, unter denen sich ein Vindicationslegat dieses Inhalts befand, mit der Damnationsformel noch bekräftigt wur-

den [7]). Sie stellt voran den weniger bedenklichen Fall, wenn beiden in einem Satze (coniunctim) dieselbe Sache legirt war, z. B. „Titio et Seio Stichum servum do lego heresque damnas esto iis dare,“ einen weniger bedenklichen Fall, weil hier nach der Regel beider Arten der Legate, wenn beide Legatare ihr Recht geltend machten, jeder nur einen Theil erhielt. Paulus sagt darüber:

Si pluribus eadem res legata fuerit, si quidem coniunctim, etiam si alter vindicet, alter ex testamento agat, non plus quam partem habebit is, qui ex testamento aget.

Der eine vindicirt seinen Theil, der andere stellt nachher die actio ex testamento an; daß diese nur auf den Theil sich beschränkte, den er auch vindiciren könnte, war ganz unzweifelhaft; hätte er ja nach damaligem Recht, wenn das Legat ganz und gar ein bloßes Damnationslegat war, nicht einmal dann, wenn der Collegatar ganz wegfiel, mehr als den Theil fordern können, es sei denn als collegatarius coniunctus nach dem Papischen Gesetze. Bemerkenswerth ist aber eine andere hieher gehörige Stelle, worin derselbe Paulus den umgekehrten Fall setzt, daß zuerst der eine die persönliche Klage angestellt hat, dann der andere vindicirt. L. 85. D. eod. (Paul. Lib. XI. ad Plautium) sagt:

Duobus coniunctim fundus erat legatus; alter

7) Aeltere Commmentatoren nehmen an, daß Paulus nur von einem Vindicationslegat gesprochen habe, und müssen darnach bedeutende Interpolationen darin voraussetzen. So Cuiac. ad h. l. (opp. VII. col. 1014 sq.). Paratitla ad Cod. in L. un. Cod. de cad. toll. VI. 51. (opp. II. col. 427.). Vgl. auch Ant. Faber de error. pragmat. dec. L. err. 3. num. 12.

ex his partis aestimationem per actionem personalem abstulit; alter, si fundum totum vindicare velit, exceptione doli pro parte dimidia repellitur, quia defunctus semel ad eos legatum pervenire voluit.

Der Legatar, der aus dem Legat als Damnationslegate klagte, konnte natürlich nur intendiren: rem pro parte dimidia sibi dari oportere, weil damnatio partes facit. Klar auch ist es, daß man nun, nachdem jener das Legat mit welchem Erfolge immer geltend gemacht hatte, dem andern Legatar, der nachher vindicirte, nicht die ganze Sache zusprechen konnte. Auffallend aber ist es, daß Paulus der Vindication pro parte dimidia mit einer doli exceptio entgegentritt. Man sollte meinen, dieselbe sei ipso iure nur pro parte dimidia begründet gewesen, da wegen der Concurrenz mit einem Anderen dem Collegatar doch nur pro parte dimidia das Eigenthum ipso iure erworben worden sei. Paulus aber scheint von der Vorstellung auszugehen, da der eine Legatar nicht das Eigenthumslegat als solches geltend gemacht, sondern nur die Klage aus dem Damnationslegat auf Erfüllung seiner Forderung auf die ihm vermachte Hälfte angestellt hat, so sei er nach strenger Auffassung nicht als Concurrent des anderen Legatars in Beziehung auf den Eigenthumserwerb aufgetreten, also die Regel „concursu partes fieri" strenggenommen nicht anwendbar, vielmehr die Vindication der ganzen Sache von Seiten des Letzten ipso iure begründet, freilich aber unter den vorliegenden Verhältnissen mittelst der doli exceptio auf die Hälfte zu beschränken.

In L. 33. cit. fährt nun Paulus fort:

Quodsi separatim (pluribus eadem res legata fuerit), si quidem evidentissime apparuerit, a-

demtione a priore legatario facta ad secundum legatum [8]) testatorem convolasse, solum posteriorem ad legatum pervenire placet.

Es ist möglich, daß der Testator, der an anderem Orte des Testaments dem Seius dieselbe Sache vermacht, die er vorher dem Titius vermacht hatte, des Willens war, den letzten an die Stelle des ersten zu setzen, diesem das Legat zu nehmen, und nur jenem die Sache zu hinterlassen. Aber das soll nur angenommen werden, wenn es als unzweifelhafte Willensmeinung des Testators erkannt wird.

Sin autem hoc minime apparere potest, pro virili portione ad legatum omnes venire, scilicet nisi ipse testator ex scriptura manifestissimus est utrumque eorum solidum accipere voluisse; tunc enim uni pretium, uni res ipsa assignatur, electione rei vel pretii ei servanda, qui prior de legato sive fideicommisso litem contestatus est, ita tamen, ut non habeat licentiam, altero electo ad alterum transire.

Hiernach nahm Paulus im Zweifel an, daß der Testator nur die den Erben minder belastende Auslegung der doppelförmigen Legate gewollt habe, d. h. daß jeder Legatar, auch wenn er die persönliche Klage aus dem Damnationslegate anstellte, seine Forderung doch auf den Theil beschränken mußte, welchen er nach der Regel vom Vindicationslegate, wenn alle Legatare ihr Recht auf die vermachte Sache geltend machten, für sich behaupten konnte [9]), während nach damaligem Recht,

8) So die Florentina. Eine andere Lesart, die auch Haloander vorgezogen hat, ist *legatarium*. Vgl. Schulting-Smallenburg. ad h. l.

9) Dadurch war nicht ausgeschlossen, daß, wofern das ius

wenn alle jene Legate nur als Damnationslegate (oder als Fideicommisse) angeordnet waren, als Regel galt, daß jeder der Bedachten eine Forderung auf das Ganze erhalte [10]).

Je mehr nun aber in späterer Zeit der formelle Unterschied zwischen den verschiedenen Vermächtnißarten im Gebrauche sich verwischte, desto mehr mußten insbesondere auch die Verschiedenheiten derselben in der vorliegenden Beziehung sich als unpraktisch erweisen, und als endlich Justinian jenen ganz beseitigte und alle Vermächtnisse im Allgemeinen auf gleiche Linie stellte, waren sie durchaus unhaltbar; es bedurfte aber nun auch einer gesetzlichen Bestimmung, was denn in Zukunft als Regel dafür gelten solle. Wie Justinian allen Vermächtnissen ohne Unterschied der Form zugleich, sofern es nur die Natur des Gegenstandes zuließ, die dingliche Wirkung des Vindicationslegats und die Wirkung des Damnationslegats und Fideicommisses, eine persönliche Klage zu erzeugen, beilegte, also insofern den Vermächtnissen überhaupt zugleich den Charakter von Vindications- und Damnationslegaten oder Fideicommissen gab, so war es natürlich, daß man bei Beantwortung jener Frage das zum Anhaltpunkte

antiquum in caducis noch stattfand, durch Wegfallen eines Collegatars der Anspruch des anderen sich steigern konnte.

10) Dasselbe mußte wohl auch dann gelten, wenn dieselbe Sache nur einem in doppelter Form, einem anderen aber separatim schlechthin per damnationem legirt war. Dieser hatte jedenfalls eine Forderung auf die ganze Sache, die durch das dem anderen hinterlassene Legat, das zugleich Vindications- und Damnationslegat war, so wenig geschmälert werden konnte, als wenn dem anderen dieselbe Sache nur per vindicationem oder per damnationem vermacht war.

nahm, was ältere Juristen insbesondere für den Fall aufgestellt hatten, wenn durch den Testator selbst den Vermächtnissen zugleich der Charakter der einen und der anderen Art verliehen war. So bot sich den Verfassern der Digesten die erklärte Stelle des Paulus als ganz geeignet dar, um das, was nunmehr nach Justinianischem Recht in der fraglichen Beziehung gelten solle, auszusprechen; es bedurfte nur einer Aenderung derselben durch Auslassung der darin nach ihrer ursprünglichen Fassung ohne Zweifel vorgekommenen Bezugnahme auf die verschiedenen Arten und Formen der Vermächtnisse, und diese war einfach erreicht dadurch, daß man zu Anfang derselben den zu besprechenden Fall allgemein bezeichnete durch die Worte: „Si pluribus eadem res legata fuerit [11]."

11) Es soll übrigens keineswegs behauptet werden, daß die L. 33 cit. im Folgenden durchaus ächten Text des Paulus wiedergebe. Mir ist vielmehr wahrscheinlich, daß sie auch sonst noch erheblich interpolirt worden ist. Schon in dem Satze „scilicet nisi ipse .... voluisse" glaubt man die Hand der Compilatoren zu verspüren. So sagt Cuiacius zu L. 33. cit. (opp. VII. col. 1014.). „Ex ea constitutione (nämlich L. un. Cod. de cad. toll. VI. 51.) Tribonianus consarcinavit secundam partem huius legis; id stylus indicat satis." Doch ist ein Gräcismus allein noch kein genügender Beweis einer Interpolation; so sagt auch Ulpian in L. 3. D. de dote praeleg. XXXIII. 6. „manifestus est dotem quoque relegasse," und selbst bei Tacitus findet sich diese Ausdrucksweise. Vgl. Bynkershoek obs. VII. cap. 24. (opp. I. pag. 234.). Gebauer-Spangenberg ad L. 33. cit. not. 20. Mir ist dagegen kaum zweifelhaft, daß das folgende „tunc enim" u. s. w. bis zum Schluß nicht von Paulus herrührt. Schwerlich hat dieser geschrieben „uni pretium, alii ipsa res *assignatur*," und was

In Uebereinstimmung mit dem, was nach dieser Aenderung darin als Lehre des **Paulus** vorgetragen wird, stellen auch die Institutionen (II. 20. §. 8.) allgemein die Regel auf:

Si eadem res duobus legata sit, sive coniunctim sive disiunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum;

indem sie sich darauf beschränken, nur das anzugeben, was in der Regel, wo nämlich nicht ein anderer Wille des Erblassers klar erkannt wird, eintritt, ohne deshalb die Berücksichtigung solchen Willens auszuschließen und mit L. 33. cit. in Widerspruch zu treten [12]).

sodann von der Wahl zwischen beiden gesagt ist, daß sie demjenigen, qui prior litem contestatus est, zustehen solle, sieht vollends nicht aus, als ob es aus dessen Feder geflossen sei. Nach dem zur Zeit des **Paulus** noch üblichen Formularprozeß hatten beide Legatare selbständig und unabhängig von einander die actio personalis ex testamento mit der Intentio „si paret heredem rem dare oportere," und konnten dadurch, sofern sie nicht durch Verschaffen des Eigenthums der Sache befriedigt wurden, die Condemnatio des Beklagten zur Zahlung des Werthes der Sache (quanti ea res est) herbeiführen. Nach Justinianischem Prozeßrecht aber, nach welchem Klage und Urtheil und, wo möglich, Exekution zunächst auf die Sache selbst gerichtet wurde, war es wohl angemessen, dem zuerst klagenden Legatar anheim zu stellen, ob er die Klage auf die Sache selbst oder deren Werth richte. **Cujacius**, **Duarenus** u. A. suchen denn auch diese Bestimmung, ohne Anstoß daran zu nehmen, zu rechtfertigen.

12) Die Turiner Glosse zu §. 8. J. l. c. sagt ganz entsprechend dem Inhalt der L. 33. cit: In his vero, quibus res disiunctim legata est, affectus testatoris consideretur, ut, si quidem aperte a primo legatario auferens hoc secundo relinquit, dicimus secundum totum au-

Aber Justinian hat sich später noch auch selbst über diesen Punkt ausgesprochen in der bekannten erst im J. 534 publicirten, aber schon zur Zeit der Publication der Pandecten nach §. 6. des Publicationspatents projektirten und selbst in der Abfassung derselben schon im Voraus berücksichtigten L. unica Cod. de caducis tollendis. VI. 51 [13]).

Diese Constitution beschäftigt sich hauptsächlich mit der völligen Aufhebung der durch das Papische Gesetz eingeführten Bestimmungen über caduca und caducorum vindicatio und mit den näheren Bestimmungen über das Anwachsungsrecht bei Erbschaften und Vermächtnissen, welches nunmehr im Wesentlichen für alle Honorirte wiederhergestellt sein sollte, so wie es vor dem Papischen Gesetze für alle bestanden hatte, aber zugleich mit Beseitigung der Verschiedenheiten, welche sich dabei

ferre; sin autem non animo auferendi hoc secundo legaverit, unusquisque eorum competentem sibi portionem accipiat. Sed ita tunc dicitur, nisi forte ex ipsa scriptura testamenti manifestius apparet voluisse testatorem utrisque solidum legatum dari: tunc enim unus quidem ipsam rem, alter vero aestimationem eius accipiet: electio autem ei dabitur, qui primum legati petendi mentionem fecit. Vgl. die Turiner Institutionenglosse von P. Krüger in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte von Rudorff u. a. Bd. VII. S. 65. Auffallend ist nur der Ausdruck: *mentionem fecit* am Schluß, statt des *litem contestatus est* in L. 33. cit. Sollte vielleicht geschrieben sein: *intentionem fecit*?

13) Ueber das Verhältniß dieser Constitution zu den Pandekten: Schneider a. a. O S. 237. fg. Huschke a. a. O. 327. Cuiacius spricht sich darüber sogar so aus, als sei den Verfassern der Digesten der Entwurf der L. un. cit. schon vorgelegen. Vgl. oben S. 500. Anm. 11.

nach älterem Rechte aus der Natur der verschiedenen im Justinianischen Recht verschmolzenen Arten der Vermächtnisse ergeben hatten [14]). Im Zusammenhang damit aber sah sich der Gesetzgeber veranlaßt, über den jetzt in Frage stehenden Punkt in Uebereinstimmung mit der oben erklärten L. 33. D. de legat. I. im §. 11. folgendes festzusetzen:

> Ubi autem legatarii vel fideicommissarii duo vel plures sunt, quibus aliquid relictum est, si quidem hoc coniunctim relinquatur et omnes veniant ad legatum, pro sua portione quisque hoc habeat. Sin autem disiunctim fuerit relictum, si quidem omnes hoc accipere et potuerint et maluerint, suam quisque partem pro virili portione accipiat, et non sibi blandiantur, ut unus quidem rem, alii autem singuli solidam eius rei aestimationem accipere desiderent, quum huiusmodi legatariorum avaritiam antiquitas varia mente suscepit, in uno tantummodo genere legati eam accipiens [15]), in aliis respuendam esse existimans, nos autem omnimodo repellimus, unam omnibus naturam legatis et fideicommissis imponentes et antiquam dissonantiam in unam trahentes concordiam.

14) In dieser Beziehung ist L. unica cit. im Commentar zu §. 1524. genauer in Betracht zu ziehen.

15) Dies ist freilich nicht ganz genau; man vgl. oben S. 481. fg. Anm. 84. 87. Es wäre jedoch möglich, daß auch bei Fideicommissen ältere Juristen sich gegen jene avaritia gesträubt haben. Nur in Beziehung auf den Satz „damnatio partes facit," wenn Mehreren coniunctim eadem res per damnationem legata est, wird uns von Ulpian ausdrücklich gesagt: in fideicommisso id sequimur quod in damnatione. Vgl. S. 483. Anm. 87.

Darin wird die Regel aufgestellt, die nun für alle Vermächtnisse gleichmäßig gelten soll, mit Beseitigung der alten Unterschiede, nur mit Unterscheidung der beiden Fälle, ob das Vermächtniß derselben Sache Mehreren in einer Satzverbindung (coniunctim in diesem Sinn) oder in getrennten Sätzen hinterlassen ist. Dann aber wird hinzugesetzt:

Hoc autem ita fieri sancimus, nisi testator apertissime et expressim disposuerit, ut uni quidem res solida, aliis autem aestimatio rei, singulis in solidum, praestetur.

Hiernach tritt nun, was früher bei Damnationslegaten Regel war, nur mehr ein, wenn es dem klar ausgesprochenen unbestreitbaren Willen des Erblassers gemäß ist [16]). Sonst gilt die Regel, daß diejenigen, welchen dasselbe vermacht ist, jedenfalls, wenn sie alle das Vermächtniß erwerben, einander auf den der Zahl der bedachten Personen entsprechenden Theil beschränken, also im eigentlichen Sinne Collegatarien sind, denen insgesammt der Vermächtnißträger nur einmal das Ganze zu geben verpflichtet ist [17]). Vorauszusetzen aber

16) In demselben Sinn hatte sich Justinian in einer anderen Constitution (L. 23. §. 1. Cod. de legat. VI. 37.) schon vor der Abfassung der Pandekten ausgesprochen (vergl. unten S. 515. Anm. 30.), und in diesem Sinn sind, wie L. 33. cit., gewiß auch L. 114. §. 10. eod. L. 20. D. de legat. III. interpolirt worden, in den Worten: „pluribus tamen separatim ita relictus, ut unusquisque in solidum capiat“ „si res .... eadem .... relicta sit, non communicandi animo, sed utrique in solidum.“

17) In einem vorzüglicheren Sinn können jedoch auch nach dieser Constitution noch diejenigen, denen coniunctim dasselbe vermacht ist, Collegatarien genannt werden. In diesem Fall wird recht eigentlich das Vermächtniß als

ist dabei vor allem, daß es wirklich im Sinne des Testators dasselbe ist, was er Mehreren vermacht hat; es genügt nicht, daß Mehreren überhaupt aliquid, sondern es wird vorausgesetzt, daß ihnen ein und dasselbe aliquid relictum est, daß eadem res ihnen vermacht sei. Dies ist unzweifelhaft der Fall, wenn eine bestimmte Sache (species) als Ganzes Gegenstand der Vermächtnisse ist. Wenn dagegen nur die gleiche Summe Geldes oder die gleiche Quantität anderer vertretbarer Dinge, oder eine Sache der gleichen Gattung in getrennten Vermächtnissen Mehreren hinterlassen ist, so stehen diese Vermächtnisse in gar keiner näheren Beziehung zu einander und erzeugen für jeden eine Forderung auf das Ganze, ohne Rücksicht darauf, ob alle oder nur der eine oder andere das Vermächtniß erwerben [18]). Wohl aber kann auch bei Vermächtnissen solchen Inhalts, wenn Mehrere in einer Satzverbindung damit bedacht sind, die obige Regel zur Anwendung kommen, indem das Allen Hinterlassene nur als ein idem aliquid relictum anzusehen ist. Hat der Testator z. B. gesagt: „Titio et Seio centum do lego oder dari volo," oder: „unum ex servis meis do lego," so ist das im Zweifel so

ein gemeinschaftliches der Bedachten angesehen, während dies da, wo disiunctim Mehreren dasselbe vermacht ist, nicht eben so geschieht, vielmehr von diesem Falle in L. un. §. 11. cit. noch ausdrücklich gesagt wird: sermo testatoris omnibus prima facie solidum adsignare videtur, aliis supervenientibus a priore abstrahentibus, ut ex aliorum quidem concursu prioris legatum minuatur. Es zeigt sich dieses in der verschiedenen Natur und Wirkung des Anwachsungsrechts in den beiden Fällen, wenn nicht alle Bedachten wirklich mit einander concurriren. Darüber das Nähere in §. 1524.

18) Vgl. L. 84. §. 12. D. de legat. I. Vgl. oben S. 486.

zu verstehen, daß beide zusammen hundert, oder einen Sklaven erhalten sollen; nicht so, als ob der Testator gesagt hätte: „Titio centum, servum, et Seio centum, servum do lego." Hätte er dieses gewollt, so hätte er das durch einen Zusatz zu erkennen geben müssen, z. B.: „Titio et Seio cuique centum do lego [19])." Dasselbe (idem aliquid) ist auch nicht Mehreren vermacht, wenn der Testator Mehreren ausdrücklich nur Theile derselben Sache vermacht hat; jeder Theil ist hier für sich ein anderer Gegenstand eines eigenen Vermächtnisses [20]). Aber dies ist hier von keiner erheblichen Bedeutung; es ist nur wichtig in Beziehung auf die Frage, ob durch den Ausfall eines der Bedachten zu Gunsten der übrigen ein Anwachsungsrecht eintrete.

Hat der Testator keine Theile bestimmt, so kann es von Wichtigkeit werden, ob er dasselbe Ganze Mehreren theils coniunctim theils disiunctim vermacht hat. Regel ist, daß alle concurrirenden Vermächtnißnehmer gleiche Theile erhalten, partem pro virili portione accipiunt. Dies aber kann eine Ausnahme erleiden, wenn der Testator Einigen eine Sache coniunctim, und außerdem dieselbe Sache einem Anderen disiunctim vermacht hat; z. B.: „Titio et Seio fundum Cornelianum do lego," sodann in selbständiger Verfügung: „Maevio fundum Cornelianum do lego." In diesem Falle treten die beiden ersten vereint gleichsam wie eine Per-

19) Vgl. Gruchot Erbr. I. S. 618. fg.

20) So auch wenn der Testator gesagt hatte: „Titio et Seio fundum aequis partibus do lego", wo „semper partes habent legatarii." Dazu jedoch vgl. Unger Erbr. §. 63. Anm. 3. Gruchot Erbr. I. S. 615. fg.

son dem letzten gegenüber, so daß sie zusammen nur die eine Hälfte des Landgutes begehren können, jeder der beiden 1/4, die andere Hälfte dem letzten zukommt. Dies ist zwar lebhaft bestritten von Schneider a. a. O. S. 261 fg. vgl. mit S. 68. fg. Nach dessen Meinung bekommt in obigem Falle Maevius nur 1/3, nicht mehr als Titius und Seius jeder für sich. Die Vereinigung dieser beiden gleichsam zu einer Person in einem gemeinsamen Vermächtniß, welches das Doppelte von dem Legat des Maevius zum Inhalte habe, soll nur in Beziehung auf das Anwachsungsrecht, falls einer von ihnen wegfällt, wirken, so daß des wegfallenden Titius Antheil allein dem Seius zuwachse. Daraus, daß in Beziehung auf das Anwachsungsrecht die coniunctim Bedachten als eine Person betrachtet werden, zu schließen, daß bei dem Nebeinanderberufen von coniuncti und disiuncti jenem zusammen nur ein so großer Theil zukommen solle, als jeder dieser disiuncti erhält, das sei bei der Anwachsung von Erbschaftsquoten durch Justinian selbst in L. un. §. 10. abgeschnitten, und bei der Anwachsung von Legaten wäre diese Schlußfolgerung sicher gleichfalls exorbitant. Allein es ist vorerst leicht nachzuweisen, daß diese Bemerkung in ihrem ersten Theile ganz verfehlt ist. In §. 10. cit. sagt Justinian, daß, wenn Mehrere theils coniunctim theils disiunctim zu Erben eingesetzt seien und nun von den ersten einer wegfalle, dessen Erbtheil mit Ausschließung der disiuncti nur den übrigen coniunctis anwachse, quia coniuncti propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt et partem coniunctorum sibi heredum quasi suam praeoccupant. Wenn aber einer der disiuncti wegfalle, qui ab ipso testatore apertissime sunt discreti, so sagt Justinian:

hoc non ad solos disiunctos, sed ad omnes tam coniunctos quam disiunctos cum suo onere pro portione hereditatis perveniat. Ueber die Größe dieser portio, sei es der coniuncti zusammen oder jedes einzelnen coniunctus oder disiunctus für sich, wird hier keine Andeutung gegeben. Allerdings ist es nun nicht sicher aus diesem §. zu schließen, daß bei der Concurrenz von coniuncti mit einem disiunctim scriptus heres jene zusammen nur einen Theil bekommen, dieser den andern Theil. Aber man kann doch auch durchaus nicht sagen, daß dies abgeschnitten oder ausgeschlossen sei; vielmehr legt der Ausdruck: „quasi in unum corpus redacti" es ziemlich nahe, zu denken, es liege dabei die Vorstellung zum Grunde, daß die coniuncti, vereinigt zu einem Theil der Erbschaft berufen, auch in der Concurrenz mit anderen nur gleichwie eine Person zu betrachten seien und so zusammen nur einen Theil von gleicher Größe, wie die anderen einzelnen disiunctim eingesetzten Erben, in Anspruch nehmen können. Das Entscheidende aber ist nun, daß eben dieses schon vor der L. un. cit. in den Digesten anerkannt war und durch dieses neuere Gesetz nicht geändert oder aufgehoben ist [21]: Es bedarf daher überall nicht erst einer Schlußfolgerung aus L. un. §. 10. cit., um jenen Satz zu begründen. Dasselbe aber ist nun auch von Vermächtnissen zu behaupten. Der oben erklärten Stelle des Paulus (L. 33. D. de legat. I.) haben die Com-

21) L. 17. §. 4. in f. L. 52. §. 2. D. de hered. instit. XXVIII. 5. cf. L. 11. 13. pr. L. 66. eod. Mühlenbruch im Comment. Bd. 40. S. 111 fg. Vangerow Pand. II. §. 449. Anm. 3. unter Nr. III. 1. 2. Arndts Pand. §. 494. Anm. 3. und im Rechtslexikon III. S. 920. fg.

pilatoren als L. 34. eod. eine Stelle aus **Ulpian's** libro XXI. ad Sabinum angeschlossen, deren Anfang nach der Florentinischen Lesart lautet:

> Plane ubi transferre voluit legatum in novissimum, priori non debebitur, tametsi novissimus talis sit, in cuius persona legatum non constitit. At si coniuncti disiunctive commixti sint, coniuncti unius personae potestate funguntur.

Unsere Frage berührt nur dieser zweite Satz. Statt des Wortes *disiunctive* hatten andere Handschriften *disiunctique*, welche Lesart auch die Haloandrische Ausgabe aufgenommen hat. Dieselbe wird durch die Basiliker unterstützt [22]) und ist an sich der ersten gewiß vorzuziehen [23]). Noch besser möchte gefunden werden, was **Huschke** vorschlägt [24]), statt *disiunctive* zu lesen *disiunctis*, weil sich der Satz zunächst auf das in der vorhergehenden Stelle des **Paulus** vorkommende: „pro

22) Bas. XLIV. 1. cap. 33. *Ἐὰν οἱ μὲν συνεζευγμένοι εἰσίν, οἱ δὲ διεζευγμένοι, πρόσωπον ἑνὸς ὑπέχουσιν οἱ διεζευγμένοι.* (**Heimb.** IV. pag. 332.). Zu verwundern ist es, wie **Breukmann** nach der Ausgabe von Gebauer-Spangenberg not. 24. hiernach sagen kann: „Florentinae favent Basil.". Zu verwundern aber ist auch, daß die Stelle ohne eine Bemerkung ohneweiters übersetzt wird: „Si quidam coniuncti sunt, quidam disiuncti, coniuncti personam unius sustinent;" denn jener Text sagt im Gegentheil: „disiuncti unius personam sustinent." Es ist aber unzweifelhaft, daß dieses fehlerhaft, nur jenes richtig sei.

23) **Jensius**, stricturae ad pand. pag. 214. *Disiunctive* ist schon deshalb zu verwerfen, weil es für ein Adverbium genommen werden könnte, obwohl es hier jedenfalls nur zu verstehen wäre = *sive disiuncti*.

24) In der Gießener Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß neue Folge IV. S. 298.

virili portione ad legatum omnes venire" bezieht, worin, wie Huschke sagt, die disiuncti Hauptbegriff sind [25]). Indessen ist diese Textänderung nicht nöthig, da die Lesart *disiunctique* als handschriftlich begründete zu achten ist. In L. 33. war nur unterschieden 1) wenn coniunctim 2) wenn disiunctim eadem res legata erat; nun wird in L. 34. auch 3) des Falls gedacht, wenn coniuncti und disiuncti mit einander vermischt sind, und dafür war es genügend auszusprechen, daß jene diesen gegenüber unius personae potestate funguntur. In L. 33. 34. pr. cit. ist nun gar nicht die Rede vom Anwachsungsrechte, das ohnehin zur Zeit des Paulus und Ulpian nur ausnahmweise in Wirksamkeit trat, sondern nur davon, wie der Antheil eines jeden zu bestimmen sei, wenn alle Bedachten mit einander concurriren, also von Anwachsung nicht die Rede sein kann. Und in dieser Beziehung wird klar gesagt, in einem Ausdrucke, der an den der L. un. §. 10. cit. „quasi in unum corpus redacti" erinnert, daß die coniuncti zusammen nur für eine Person angesehen werden und so zusammen nur eine virilis portio von gleicher Größe, wie der Antheil der einzelnen disiuncti, erhalten. So ist also durch L. 34.

25) Die coniuncti, sagt er, sind „nur etwas Accessorisches, und Ulpian konnte nur sagen, wenn ihnen (nämlich den *disiunctis*) coniuncti beigemischt sind (z. B. so: Titio fundum do lego; Seio et Quarto fundum do lego; Sempronio et Quintio fundum do lego), nicht: wenn disiuncti und coniuncti mit einander gemischt sind." Hiernach hätte Huschke den Ausdruck admixti passender finden müssen. Und wie denn? wenn zuerst dem A, dann coniunctim dem B und C, dann dem D, und wiederum coniunctim dem E und F dieselbe Sache vermacht war? Sollte hier etwa nicht dasselbe gelten?

cit. in Verbindung mit L. 33. cit. vollständig erwiesen, was Schneider als exorbitant nicht zulassen will. Justinian hätte es in L. un. §. 11. cit. ausdrücklich ausschließen müssen, wenn es nicht mehr gelten sollte; da er das nicht gethan hat, so ist es noch anzuerkennen, nicht blos vermöge einer allenfalls anfechtbaren Schlußfolgerung, sondern weil es schon in dem Rechte vor der Publication der L. un. cit. fest stand. Und kaum begreiflich ist es, wie Schneider, wenn er L. 33. 34. cit. vor Augen gehabt hätte, sagen könnte: es müsse „auch jetzt noch die Sache eben so betrachtet werden, wie nach altem Rechte, daß jeder Legatar auf den ganzen Fundus berufen ist“, um dadurch die Behauptung zu begründen, daß in dem von ihm angeführten Beispielsfalle die verbundenen Titius und Seius jeder für sich nicht weniger bekommen, als der in getrennter Verfügung mit demselben Legat bedachte Maevius. Nach altem Recht wurde allerdings beim Vindicationslegat, es mochte coniunctim oder disiunctim Mehreren dieselbe Sache vermacht sein, von der Ansicht ausgegangen, daß eigentlich jedem das Ganze vermacht sei und nur concursu partes fiunt. Aber dies schließt nicht aus, daß man, wenn dieselbe Sache zweien coniunctim und sodann einem dritten disiunctim vermacht war, annahm, es sei dies zunächst so anzusehen, als sei die ganze Sache zweimal oder zweien vermacht, nämlich zuerst den beiden coniunctis, die als eine Person gelten, sodann dem disiunctus als der zweiten Person, also, wenn alle erwerben, jene zusammen die eine Hälfte, der letzte die andere Hälfte erlangen. So ist es möglich, daß Ulpian bei seiner Bemerkung in L. 34. cit. nur ein reines Vindicationslegat vor Augen hatte, das auch als solches geltend gemacht wurde. Bei dem Dam-

nationslegat konnte dies gar nicht in Frage kommen, denn entweder waren die mehreren Legatarien coniuncti, dann konnte jeder unter allen Umständen nur einen Theil verlangen; oder sie waren disiuncti, dann hatte jeder die Forderung auf das Ganze; und wenn also coniuncti und disiuncti vorhanden waren, wie in dem angeführten Beispiel, so hatten die ersten, Titius und Seius, jeder eine Forderung auf die Hälfte, der dritte, Maevius, eine Forderung auf das Ganze.

Hatten aber die Legate zugleich den Charakter des Vindications- und des Damnationslegats, dann konnte auch in dieser Beziehung die Frage entstehen, ob nun nach der Regel des ersten Theilung eintrete, oder nach der Regel des zweiten zu verfahren sei? Indem man aber mit gutem Grunde hier, wenn nur disiuncti vorhanden waren, nach L. 33. cit. das festhielt, was beim Vindicationslegat sich ergab, war es consequent, dasselbe auch in dem Falle, wenn coniuncti und disiuncti concurrirten, zu thun, und so könnte der Verfasser der L. 34. pr. cit. auch genau gerade denselben Fall vor Augen gehabt haben, den der Verfasser der L. 33. cit. besprochen hatte, wo nämlich das Legat ausdrücklich zugleich als Vindications- und Damnationslegat qualificirt war oder allenfalls auch das erste ex Scto Neroniano in der Eigenschaft eines Damnationslegats geltend gemacht werden wollte. Im Justinianischen Rechte aber, in welchem der obige Unterschied zwischen den beiden Arten der Legate beseitigt war, wurden nun die gleichen Regeln allgemein für alle Fälle, wo dieselbe Sache Mehreren vermacht war, angenommen, und das ist durch L. 33. 34. pr. cit., so wie sie in den Digesten vorliegen, geschehen [26].

26) Damit stimmen im Resultat überein Cuiac. ad L. 33.

Uebrigens kann es hierbei nicht gerade als wesent-

cit. (opp. VII. col. 1015. in f.). Duarenus ad L. 33. cit. Donell. comment. VIII. cap. 21. §. 12. Meier in der Fortsetzung von Schweppe's Privatrecht §. 885. Anm. 4. Mühlenbruch im Comment. Bd. 43. S. 319. fg. Vangerow Pand. II. §. 496. Anm. 3. unter Nr. III. Huschke a. a. O. Dworzak a. a. O. S. 69. fg. S. 76. fg. u. A. Viele sind wohl derselben Meinung, ohne sich bestimmt darüber auszusprechen. Mit Schneider aber scheinen übereinzustimmen Roßhirt I. S. 248. Sintenis Civilrecht. III. §. 203. Anm. 14. Dieser bemerkt nämlich gegen Mühlenbruch a. a. O., der Vorzug, den derselbe in Beziehung auf das Anwachsungsrecht den heredes re et verbis coniuncti vor den blos re coniuncti beilegt, führe ihn „zu dem Zugeständniß der Consequenz, daß ein Zusammentreffen solcher coniuncti sogar den Theilungsmaßstab in der Art modificire, daß jeder re coniunctus eben so viel erhalte, wie die re et verbis coniuncti zusammen"; er scheint also dieses (mit Unrecht) für nicht richtig zu halten. Damit harmonirt jedoch nicht gut, was Sintenis §. 213. unter Nr. IV. sagt, wenn z. B. der Testator gesagt habe: „ich vermache dem A mein Haus"; „ich vermache dem B und C mein Haus," so finde beim Wegfall eines der letzten die Anwachsung seines Antheiles zunächst für den mit ihm verbundenen Legatar statt, „indem dieser, mit dem Weggefallenen auf denselben Theil eingesetzt, zunächst nur durch dessen Concurrenz in diesem Theile beschränkt war, während er eigentlich zum ganzen Theile berufen ist". Demnach muß er doch wohl annehmen, daß im obigen Fall zunächst B und C dem A gegenüber zusammen nur mit einem Theile ($^1/_2$) bedacht seien, was mit unserer Ansicht übereinstimmt. Von L. 34. pr. cit. nimmt er auffallender Weise nicht weiter Notiz, als daß er sie in Anm. 35. daselbst mit L. 89. D. de legat. III. zu dem Satze anführt, daß bei dem Vermächtniß, „ich vermache dem A und B mein Haus zu gleichen Theilen," keine Anwachsung stattfinde, ein Satz, womit L. 34. pr. cit. nichts zu schaffen hat.

lich angesehen werden, ob die verschiedenen Legatare in ganz getrennten Sätzen bedacht sind oder nicht; wesentlich ist nur, ob der Testator von mehreren Legataren einige vereinigt den anderen gegenübergestellt hat. Das kann auch in einem zusammenhängenden Satze geschehen. Wenn z. B. der Testator gesagt hat: „Mein Landgut vermache ich meinem Bruder A und den beiden Söhnen meines verstorbenen Bruders B, Namens C und D," so ist darin unzweideutig an den Tag gelegt, daß die beiden letzten vereinigt einen Theil, die Hälfte, erhalten sollen, A die andere Hälfte; C und D sind diesem gegenüber coniuncti zu der einen Hälfte. Aber es sind doch auch alle drei, A, C und D, bezüglich der ganzen Sache nicht nur re, sondern auch verbis coniuncti, und wenn nun dieselbe Sache noch ganz getrennt davon einem Vierten vermacht wäre, so könnten diesem disiunctus gegenüber jene drei zusammen als coniuncti betrachtet werden. Andrerseits ist es auch möglich, daß in ganz getrennten Verfügungen einem schon anderweitig bedachten Legatar, auch mehreren coniunctim Bedachten, noch ein anderer zugesellt wird, so daß er nun ganz so zu betrachten ist, als wäre ihm das Vermächtniß mit jenem oder jenen von vornherein coniunctim hinterlassen worden, wie dasselbe auch bezüglich der Erbeinsetzung vorkommen kann [27]). Ueberall wird der klar erkennbare Wille des Erblassers vor allem als entscheidend gelten müssen [28]).

In Beziehung auf die Frage, wie die Antheile concurrirender Vermächtnißnehmer zu bestimmen seien, wo

27) L. 15. pr. D. de hered. instit. XXVIII. 5. L. 142. D. de V. S. Vgl. Arndts im Rechtslexikon. III. S. 926.

28) In omnibus enim testatoris voluntatem, quae legitima est, dominari censemus. Justinianus in L. 23. §. 1. in f. Cod. de legat. VI. 37.

der Erblasser, ohne genaue Festsetzung der Theile, Mehreren dieselbe Sache vermacht hatte, war noch ein besonderes Bedenken für den Fall aufgeworfen, wenn einer der Bedachten vom Testator mehrmals genannt war; z. B.: si quis agrum Cornelianum . . . cuidam (Titio) legaverit, et postea iterum vel saepius ei eandem rem per legatum vel fideicommissum dederit, post talia autem verba testamenti Sempronio eundem agrum . . . legaverit, ut saepius quidem fuisset Titii mentio, semel autem Sempronii." Sollte hier der Titius neben dem Sempronius mehrmals gezählt werden, also, wenn er zweimal genannt war, zwei Theile bekommen, der Sempronius nur einen? Wäre dem ersten allein die Sache vermacht, so würde ihm dieselbe ungeachtet der Wiederholung desselben Vermächtnisses doch nur einmal vermacht sein [29]). In Consequenz dessen konnte man sagen, daß im obigen Falle Titius nur als einmal mit dem Vermächtniß des genannten Landgutes bedacht mit dem Sempronius concurrire, also nur einmal zu zählen sei, und somit nur auf einen gleichen Theil wie Sempronius, auf die Hälfte der vermachten Sache, Anspruch habe. Und so hat Justinian die obige Frage entschieden [30]):

Huiusmodi igitur decidentes antiquam contro-

29) L. 34. §. 1. 4. D. de legat. I. Vgl. oben Seite 211. fg.

30) L. 23. §. 1. Cod. de legat. VI. 37., mit dem Datum: XV. Kal. Decembr. Lampadio et Oreste VV. CC. conss., d. i. vom 18. Dec. 530. n. Chr., also vor der Abfassung der Pandecten erlassen, noch drei Tage früher als die const. *Deo auctore*, durch welche dem Tribonian der Auftrag dazu ertheilt wurde, eine der sog. quinquaginta decisiones.

versiam sancimus, cuicunque fuerit vel hereditas vel ager in memoratis casibus, sive coniunctim sive soli sive saepius eidem relictus, aequa lance et hereditatem et agrum et aliam quamcunque rem dividi et ad dimidiam partem unumquemque vocari, nisi specialiter expresserit et dixerit testator tantas quidem partes velle unum, tantas autem alterum habere.

Hiernach soll es auch keinen Unterschied machen, ob Titius einmal coniunctim mit Sempronius bedacht und dann demselben wiederum allein die Sache vermacht ist. „Quid iuris sit, si coniunctim aut separatim eis relinquatur?" das mochte nach älterem Recht in obigem Falle noch besonders schwierig scheinen, und konnten darüber noch leichter Meinungsverschiedenheiten entstehen. Denn war z. B. dem Titius an einem Orte die Sache coniunctim mit Sempronius, an einem anderen Orte aber allein dieselbe Sache per damnationem legirt, so konnte man mit gutem Schein sagen, dort sei ihm nur die Hälfte vermacht, quia damnatio partes facit, das andere aber sei ein davon ganz verschiedenes Legat, wobei der Sempronius nicht concurrire, während es bei dem Vindicationslegat, wo nur concursu partes fiebant, näher lag, zu sagen, es seien nur zwei da, die vindiciren können, und diese beschränken dann einander auch immer nur auf die Hälfte nach der Zahl der Concurrenten. Den Worten nach hat aber Justinian auch in dieser Constitution schon allgemein entschieden, daß mehrere, es sei ihnen coniunctim oder separatim dieselbe Sache vermacht, im Zweifel immer nur den der Zahl der Concurrenten entsprechenden Theil erhalten sollen; denn es wird vorher schlechthin die Frage gestellt: *et* quid iuris sit, si coniunctim aut separa-

tim eis relinquatur? und in der Decision neben einander gestellt: „sive coniunctim, sive soli (d. i. separatim) *sive* saepius eidem relictus.“ Und jedenfalls liegt dabei die Annahme zum Grunde, daß das Zusammentreffen mehrerer coniuncti oder disiuncti überall die Beschränkung eines jeden auf einen Theil mit sich bringe [31]).

In derselben Constitution (L. 23. pr. Cod. l. c.) hat aber Justinian noch über einen anderen hieher gehörigen Punkt eine Entscheidung gegeben, über die Frage nämlich, wie es zu halten sei, wenn ein Testator zuerst Einem ein Ganzes schlechthin, dann einem Anderen einen bestimmten Theil dieses Ganzen hinterlassen hat, z. B. „si quis cuidam agrum Cornelianum puta vel alium quempiam in solidum legaverit, deinde alii partem eius dimidiam.“ Nach Justinian's Angabe waren auch hier darüber: „quantam portionem primus, quantam secundus legatarius consequitur,“ sehr verschiedene Meinungen aufgestellt werden „(computationes multae introducebantur“), und nicht minder im verwandten Fall bei Erbeinsetzungen und Fideicommissen („simili dubitatione et in hereditate et in fideicommissis habita“). Bei dem reinen Damnationslegat ward wohl kaum ein Anlaß zu solcher Meinungsverschiedenheit gegeben. Wenn es anerkannt Rechtens war, daß, wenn zuerst Einem und wiederum einem Anderen dieselbe ganze Sache per damnationem legirt worden, jeder die Forderung auf das Ganze habe, so konnte nicht gezweifelt werden, daß, wo zuerst Einem die ganze Sache, dann einem Anderen die Hälfte dieser Sache per damnationem legirt war, nun jener die Forderung des Gan-

31) Vgl. oben Seite 500. fg. Anm. 11. 12. S. 504. Anm. 16.

zen, dieser die Forderung auf die Hälfte habe, jeder von dem anderen unabhängig. Eben so einfach war die Beurtheilung des Falles, wenn nur das eine Legat ein Vindicationslegat war, das andere ein Damnationslegat, indem auch hier beide unabhängig von einander bestanden, der eine die ganze Sache oder den ihm vermachten Theil derselben vindiciren, der andere die ganze Sache, beziehungsweise den bestimmten Theil fordern konnte. Wenn aber beide Legate Vindicationslegate waren, so mochten im gleichen Falle sich Zweifel erheben, wie das Verhältniß der beiden Legatare zu einander zu bestimmen sei? Man konnte denken: der eine Legatar sei an sich berechtigt, die ganze Sache zu vindiciren; da aber in Ansehung der einen Hälfte, die dem anderen legirt worden, dieser mit ihm concurrire, so trete insoweit die Regel ein: concursu partes fieri, er bekomme also von dieser Hälfte nur die Hälfte, also im Ganzen $^1/_2 + ^1/_4 = ^3/_4$, der Collegatar aber nur $^1/_4$. Dies war wirklich, wenn man sich streng an die Natur des Vindicationslegates hielt, wohl die consequenteste Berechnung der Theile. Andere dagegen mochten sagen, aus den beiden Legaten zusammengenommen lasse sich als Wille des Testators entnehmen, daß der eine doppelt so viel als der andere erhalten solle, also jener $^2/_3$, dieser $^1/_3$ bekomme. Und wieder Andere konnten den Willen des Erblassers so deuten, daß er durch das zweite Legat dem ersten Legatar von dem ihm vermachten Ganzen so viel entziehen wolle, als er dem zweiten Legatar bestimmt hat, also im angeführten Falle der eine und der andere die Hälfte der vermachten Sache begehren könne. Verwickelter noch konnte der Meinungsstreit sich gestalten, wenn die Legate der Form nach zugleich als Vindications- und als

Damnationslegate angeordnet waren, oder auch wenn das eine oder andere, obgleich formell als Vindicationslegat erscheinend, doch nur in der Eigenschaft eines Damnationslegates aufrecht erhalten wurde. Justinian nun hat den Streit zu beseitigen versucht, indem er sich der dritten der oben unterschiedenen Meinungen anschloß und es als manifestum oder nach anderer Lesart sogar manifestissimum ansah: eum, qui ab initio duodecim uncias cuiusdam rei reliquit, alii autem postea sex, recessisse a priore voluntate, voluisse autem minui eam sex unciis, und demgemäß entschied:

„Si quis itaque vel agrum, vel hereditatem reliquerit primo quidem in totum, secundo autem in partem dimidiam, utrumque in sex uncias esse vel dominum rei legatae vel heredem. Et si tota re primo relicta tertiam partem secundo reliquerit, secundum praedictum modum octo quidem uncias vel agri vel hereditatis apud primum remanere, tertiam autem partem vel quatuor uncias ad secundum migrare. Et sic in omnibus statuendum est, id est, in hereditatibus vel legatis vel fideicommissis“.

Der Wunsch des Gesetzgebers, dadurch allen Meinungsstreit zu beseitigen, ist jedoch nicht erfüllt worden. Ueber die Auslegung des Gesetzes hat sich lebhafter Streit erhoben. Darüber hat dieser Commentar schon an anderem Ort eine ausführliche Erörterung geliefert [32]).

32) Siehe Mühlenbruch im Comment. Bd. 40. S. 122—134. Dazu vgl. Schweikart, Auslegung der c. 23. Cod. de legatis., in der Gießener Zeitschr. für Civilrecht und Proz. IX. 11. S. 365. fg. Vangerow Pand. II. §. 449. Anm. 3. unter Nr. I. B. 1. a.

Berichtigungen und Zusätze zum 46. Theil.

(Vgl. oben Seite 248.)

Seite 5. ist unter a) am Ende hinzuzusetzen: desselben Verfassers System der Lehre von den einzeln Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage. Leipzig 1793. Dieses Werk kommt hauptsächlich erst in den Erläuterungen zu Buch 33 und 34 in Betracht. Wo blos „Westphal" genannt wird, ist das erstgenannte Werk: hermeneutisch-systematische Darstellung u. s. w., zu verstehen. — S. 5. Z. 10 ist statt I. cc. zu lesen Icc. d. i. Jurisconsultorum; Z. 21. Legat statt Legate; Z. 22. (1845) statt (1855); — Z. 33. a. E. setze hinzu: Bd. III. 1867. mit Register und Inhaltsangabe. — S. 24. in Anm. 54. Z. 19 ist das Komma nach rerum zu streichen. Daselbst Z. 32. lese man wofern statt wo. — S. 32. In Anm. 66. setze hinzu: K. Czyhlarz, über das legatum per praeceptionem, in Haimerl's oesterreich. Vierteljahrsschrift für Rechts- und Staatsw. III. 7. — S. 39. Zu Anm. 80. vgl. Th. Mommsen in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, herausgeg. von Rudorff u. a., Bd. VII. S. 479. Anm. 11. Eine neuerdings von Studemund vorgenommene Vergleichung der Handschrift des Gaius hat ergeben, daß in derselben schon von dem alten Corrector ex in et verändert worden, also zu lesen ist: Juliano et Sexto. Mommsen hält aber für wahrscheinlich, daß unter dem Sextus nicht Sextus Pomponius, sondern Sextus Caecilius Africanus zu verstehen sei. — S. 56. Z. 23. lies: easdem res, — S. 58. Z. 20. setze: zu entrichten habe? — S. 73. Z. 15. lies: accommodetur und Z. 20. quasi humaniori, — S. 77. In Anm. 58. statt II. 27. l. III. 27. — S. 86. in Anm. 67. lies: oben S. 7. Anm. 11.,

und S. 87. in Anm. 69. Z. 2: in den oben S. 6. Anm. 6—9. — S. 111. In Anm. 23. ist zu lesen: coll. theoretico-pract. — S. 119. Z. 8. statt 2407 setze 2408.

S. 130. fg. Zu Anm. 56. bemerke man: Der Inhalt der L. 66. §. 6. cit. wird in den Basiliken von Heimbach (tom. IV. pag. 362.) nach dem sogenannten Tipucitus referirt in lateinischer Uebersetzung: Si fundus mihi legatus sit, heres etiam usumfructum eius praestare cogitur, etiamsi alienus sit; sicuti etiam pignore et possessione eum liberare cogitur; nec non servitute ei imposita. Darnach hätten die Basiliken in Betreff der Servituten sich anders ausgesprochen als der Schlußsatz der L. 66. §. 6. cit. Aber der griechische Text sagt: *οὐ μὴν καὶ δουλείας ἐπικειμένης αὐτῷ*. Das scheint mir nicht richtig übersetzt mit: nec non servitute ei imposita; es sollte m. E. übersetzt werden: non tamen et servitute ei imposita (sc. eum liberare cogitur). Vgl. übrigens unten den Zusatz zu Seite 236.

S. 136. In L. 57. cit. deutet jetzt Mommsen in seiner Pandektenausgabe als Emendation an *ubi potest* für *vel potest*, indem er den Satz: („nisi . . . . . obligatam") als Parenthese einschließt. So gäbe die Stelle allerdings einen guten Sinn; der Jurist macht nur in Beziehung auf den Fall, wenn die res obligata a fideicommissario luenda est, bemerklich, daß dennoch das Vermächtniß für diesen immer noch Vortheil bringen könne. — S. 140. In L. 57. cit. deutet Mommsen ferner anstatt *noluerit* als Emendation an: *non noluerit*. Diese Lesart würde m. E. den Vorzug verdienen vor der von Donellus gebilligten Lesart *voluerit*. Die Stelle könnte darnach so erklärt werden: Der Testator habe nicht den Willen an den Tag gelegt, daß die Erben die Pfandschuld nicht zu tilgen gehalten sein sollen, aber auch nicht klar darüber sich ausgesprochen; nun stehe dem Fideicommissar nichts entgegen, sich die Schuldklage cediren zu lassen und damit denn auch die Erben selbst zur Zahlung der Pfandschuld zu nöthigen. Dabei müßte denn vorausgesetzt werden, daß die Pfandschuld eine Schuld der Erbschaft, jetzt der Erben, sei; denn wären die Grundstücke für die Schuld eines Dritten verpfändet, so würde es von keinem Einflusse sein, ob der Testator non noluerit, non aperte senserit. Ich ziehe immer noch die Florentinische Les-

art vor. — S. 140. Z. 20. ist selbstverständlich zu korrigiren: **praestabitur.**

S. 211. Anm. 6. Mommsen zieht **postea** als Schlußwort zu der Verfügung des Testaments nach *futuri anni*, und stellt die Frage, ob nicht statt *postea* zu lesen sei *post mortem meam*? Derselbe deutet als Ergänzung vor **fructibus an: et primo anno.** —

S. 212. Anm. 9. Mommsen hat **multiplicasse** beibehalten, das er auch noch in anderen Handschriften gefunden. Als andere Lesart führt er außer **multiplicare** auch **multiplicare se** an.

S. 241. Anm. 60. In den Basiliken (Heimb. IV. pag. 362.) nach Tipucitus lautet der Schluß des §. 6.: *ἐι μὴ ἐμὸς πολλάκις ἀγρὸς ληγατευθῇ μοι· τότε γὰρ τινος τούτων οὐκ ἐλευθεροῖ αὐτόν* (nisi meus fundus mihi legatus sit: tunc enim aliquo eorum non eum liberat). Darnach scheinen die Verfasser der Basiliken den Text, so wie er oben S. 236. angegeben ist, vor sich gehabt zu haben, indem sie dem Legat die einzige Wirkung, die es haben könnte, absprechen. Vgl. Mommsen zu L. 66. §. 6. cit. not. 28.

S. 204. Z. 20. lese man „kann auch, wer" — In Beziehung auf die hier folgende Ausführung hat mich eine Bemerkung von Mommsen frappirt, die sich in den Symbolae Bethmanno-Hollwegio oblatae (Berolini 1868) pag. 98 findet. Mommsen macht hier den von Hertz und Huschke zu Gell. noct. att. IV. 4. vorgeschlagenen Textverbesserungen den Vorwurf, daß sie „eo nomino peccant, quod non stipulamur dare quem, sed dari". Dieser Satz lautet allgemein, scheint also nicht blos auf dare in matrimonium, wovon dort die Rede ist, sich zu beschränken, sondern eben so auch von dem dare rem gelten zu sollen. Darnach könnte nun Jemand etwa gegen mich einwenden: eine stipulatio rem dari sei nicht auf eine gegenwärtig unmögliche Leistung gerichtet, wenn auch der Gefragte nicht Eigenthümer der Sache sei, da nicht gesagt sei, daß dieser selbst geben solle. Aber dagegen könnte ich erwiedern: vorerst, daß doch in einer ansehnlichen Reihe von Stellen Stipulationen mit dem Aktivum dare vorkommen, also das stipulari dare quem aliquam rem nicht allgemein für unrichtig erklärt werden kann, wenngleich allerdings stipulari mit dem Passivum dari das gewöhnlichere ist; sodann

daß, wenn das letzte auch ausschließlich Gebrauch gewesen, unter dem dari doch immer ein dare des Promittenten gedacht wurde, da ein dari ab alio zu stipuliren unmöglich war: endlich, daß die Intentio der Klage aus der Stipulation jedenfalls auf das Dare des Beklagten lautete: Numerium Negidium rem dare oportere, eine diesem, wenn er nicht Eigenthümer war, gegenwärtig unmögliche Leistung.

S. 265. Z. 20. setze XLV. 1. — S. 273. Z. 19. setze L. 66. §. 2. eod. — S. 278. In Anm. 42. Z. 3. a. E. ist ein Komma zu setzen, und S. 279. in Anm. 43 das Komma nach quoque zu streichen. — S. 299. Anm. 78. Th. Mommsen bemerkt zu L. 108. §. 4. cit. bei den Worten „sin e duabus" in nota 4: *sic fere supple;* sin eum habiturus sim ex causis lucrativis duabus. Diese Ergänzung scheint mir unpassend, weil sie etwas Unmögliches setzt, das habere Stichum ex duabus causis lucrativis, und den Gegensatz gegen das vorhergehende „si quidem non ex lucrativa causa stipulatio intercessit" vermissen läßt. — S. 313. In Anm. 11. Z. 1. a. E. ist das Punktum zu streichen. — S. 320. Z. 1. v. u. lies: *ἀνέδραμεν* — S. 365. Z. 15. st. auf l. auch. — S. 383. Z. 10. nach L. 7. pr. cit. ist einzufügen das Wort gegenüber — S. 385. Anm. 24. a. E. Auch Mommsen hat im Text gesetzt potuerit. — S. 408. Z. 3. st. iuri l. iure — S. 413. Z. 13. lies: erst zu errichtenden — S. 431. Z. 5. ist das Komma nach Personen zu streichen.

S. 444. zu Anm. 21. vgl. Buchholtz, d. L. v. d. Prälegaten, S. 114. fg. Ohne Grund hält dieser (S. 116. Anm. 68.) für wahrscheinlich, daß in L. 25. cit. Paulus statt nec geschrieben habe sed. Die Stelle lautet: A filio herede etiam pure patri legari potest, nec interest, an die cedente legati in patris postestate sit: igitur et si iussu patris adita sit hereditas, imputabitur ei in Falcidiam. Dies war, wenn wir vorerst von dem Folgesatz absehen, nach dem zur Zeit des Paulus geltenden Rechte vollkommen richtig und unbedenklich. Das Legat blieb auch noch gültig, wenn der Sohn die legati cedente, d. i. mortis testatoris tempore, noch in der väterlichen Gewalt stand. Der Vater konnte z. B. den Sohn emancipiren, um ihn die Erbschaft in eigenem Na-

men antreten zu lassen, und dann das Legat für sich begehren (L. 17. D. quando dies) XXXVI. 2.); und wenn der Vater post diem legati cedentem ante aditam hereditatem starb, so konnte der Sohn die Erbschaft für sich antreten, das Vermächtnißrecht des Vaters aber ging auf dessen Erben über. Wäre etwas darauf angekommen, ob der eingesetzte Sohn mortis testatoris tempore noch in der Gewalt des Vaters sei, so würde das Legat nach der Catonianischen Regel von Anfang an ungültig gewesen sein; denn da sich der Sohn zur Zeit der Errichtung des Legates in der väterlichen Gewalt befand, so wäre dieses jedenfalls erfolglos gewesen, wenn der Testator sofort starb. In L. 91. pr. cit. aber beantwortet Julian nur die Frage, ob das Legat an den in der Gewalt desselben Vaters befindlichen Sohn des eingesetzten filiusfamilias, wie das an den Vater selbst, gültig errichtet sei. Trat auf Befehl des Vaters der eingesetzte Sohn die Erbschaft an, so entstand freilich die Frage, ob es nun gültig bleibe, da durch die Antretung des Sohnes der Vater die Erbschaft erwarb und dieser doch nicht an sich selbst ein Legat zu entrichten haben konnte. Bei dem Vindicationslegate konnte man immerhin wohl noch sagen — namentlich nach der Sabinianischen Ansicht, wornach das Eigenthum dem Legatar ipso iure erworben wurde —: durch die Erbantretung sei das Eigenthum der vermachten Sache von selbst dem Vater iure legati erworben, nicht iure hereditatis; bei dem Damnationslegate aber hätte man eine obligatio des Vaters gegen sich selbst annehmen müssen, was unmöglich war. Daher sagte Maecianus von dem verwandten Fall, wo dem zum Erben eingesetzten Sklaven ein Legat an den Herrn auferlegt war, wenn dem Herrn durch jenen die Erbschaft erworben werde, so komme dieses Legat nicht bei der Falcidia in Anrechnung „quia non debeatur" (L. 20. D. ad leg. Falcid. XXXV. 2.); in den Institutionen aber (II. 20. §. 33. in f.) wird von dem gleichen Fall schlechthin und allgemein gesagt: Quodsi in eadem causa permanserit (*sc.* servus heres institutus) et iussu legatarii adierit, evanescit legatum: was nach älterem Rechte eben so bezüglich des dem filiusfamilias auferlegten Legates gelten mußte. Praktisch wichtig war die Frage, ob ein solches Legat wirksam bleibe, bezüglich der Falcidia. Da die Anwendbarkeit des Falcidischen Gesetzes

wesentlich nach den Verhältnissen zur Zeit des Todes beurtheilt wurde, so konnte wohl die Meinung Platz greifen, jenes Legat, als welches in jenem Zeitpunkte noch gültig bestehe, sei als Legat in der Ermittelung des Gesammtbetrages aller Legate mit einzurechnen. In diesem Sinne wird der Ausdruck „computari in Falcidia" in L. 20. cit. gebraucht. Si a servo meo herede instituto mihi legetur et mihi acquiratur hereditas, negat Maecianus, id legatum in Falcidia computari, quia non debeatur." Was Maecian in Abrede stellte, war nicht, daß der Herr sich das Legat in seine Quarta müsse einrechnen lassen; im Gegentheil, das wollte er, indem er dieses Legat bezüglich der Falcidia gar nicht als Legat in Betracht kommen läßt. Dürfte man nun in dem Schlußsatz der L. 25. cit. die Worte „imputabitur ei in Falcidiam" in demselben Sinne nehmen, so wäre derselbe mit seinem *Igitur* an der Spitze an sich ganz unbedenklich. Allein dann träte er in Widerspruch mit der L. 20. cit. und imputare in Falcidiam (im Accusativ) oder Falcidiae heißt sonst immer: der Erbe müsse sich etwas in seine Falcidische Quarta einrechnen lassen. In diesem Sinne aber die Worte verstanden, ist das *Igitur et*, wie Duaren mit Recht bemerkte, durchaus nicht am Platze. Aus dem Vorhergehenden folgt das keineswegs, was hiernach der Schlußsatz sagt. Es muß erst der Gedanke dazwischen treten, daß das die cedente noch gültige Legat hinterher durch den Erwerb der Erbschaft ungültig werde. Daher vermuthet Duaren mit gutem Grund, daß Paulus fortassis haec plenius descripserat. Möglich ist es jedoch auch, daß Paulus anderer Meinung gewesen ist, als Maecianus, und non imputabitur geschrieben hatte; denn daß über diesen Punkt nicht alle derselben Meinung waren, ist an sich wahrscheinlich und scheint auch aus der Art, wie Maecian's Meinung angeführt wird („negat Maecianus") hervorzugehen. Was übrigens das Justinianische Recht betrifft, so hat Buchholtz gewiß Recht, indem er eine duplex interpretatio bei L. 25. cit. verlangt. Nur wenn der Vater anstatt des eingesetzten Sohnes die Erbschaft ganz für sich erwirbt, können L. 25. und L. 20. citt. noch schlechthin Anwendung finden. Ob aber für den Fall, daß der Sohn die Erbschaft antritt und so der Vater den Nießbrauch daran erwirbt, zu behaupten sei, daß der Vater den Nießbrauch der

ihm vermachten Sache, den er ohne das Legat schon patrio iure habe, in die Quarta des Sohnes einrechnen müsse, scheint mir noch sehr fraglich.

S. 456. Z. 2. v. u. statt L. 5. lies L. 4. — S. 459. Z. 1. statt den l. der — S. 464. Z. 5. v. u. ist das Komma nach deren zu streichen. — S. 481. Anm. 83. st. Gai. — epit. setze Gai. epit. — S. 482. Z. 16. setze und daher, soweit — S. 485. Z. 24. a. E. lies eintreten. — S. 488. Z. 22. l. Obligatio — S. 490. Z. 2. v. u. l. ius accrescendi — S. 495. Z. 23. statt hätte l. hatte. —

